



CENTRO UNIVERSÁRIO DE BRASÍLIA
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS - FAJS

THIAGO RESENDE DE ABREU SOUSA

**CABIMENTO DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA EM
FACE DO DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS CAUTELARES**

Brasília – DF

2013

THIAGO RESENDE DE ABREU SOUSA

**CABIMENTO DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA EM
FACE DO DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS CAUTELARES**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Departamento de Direito do Centro Universitário de
Brasília como requisito parcial à obtenção de título
de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a Larissa Maria Melo Souza

Brasília – DF

2013

Dedico este trabalho ao sistema de justiça criminal brasileiro, para que este atenda cada vez mais aos anseios da população tornando-se ao mesmo tempo justo para com os infratores, mas também eficaz para a população, no combate e prevenção ao crime.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, gostaria de agradecer aos meus pais, José Geraldo e Regina Maria, e irmãos, Raquel e José Geraldo Junior, pelo carinho e convívio familiar, pelos conselhos nos momentos difíceis e também pela aprovação de minhas decisões. Obrigado por sempre me apoiarem nos momentos difíceis e indecisos desde o início da minha jornada. Cada um, de sua maneira, contribuiu para estes objetivos.

Aos professores da Faculdade de Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Brasília pelo inestimável conhecimento e sabedoria transmitidos durante todo curso, bem como pelos momentos de descontração e risos. Em especial, à professora orientadora, Larissa Souza, pelos ensinamentos transmitidos, pela dedicação nas correções e também pela paciência quanto aos meus erros e atrasos.

Aos amigos e colegas por tornarem a vida um pouco mais divertida.

Ao Daniel e Sérgio pela ajuda na revisão final do texto e à Valéria pelo empréstimo do notebook.

À Raquel, pelo amor, apoio, consideração e cumplicidade em todos os momentos bem como pela companhia durante toda essa jornada, tanto em momentos de alegria e descontração, quanto nos longos finais de semana de estudo.

A todos que colaboraram de alguma forma para a concretização desta pesquisa.

Muito obrigado!

A persistência é o menor caminho do êxito
Charles Chaplin

RESUMO

Esta monografia apresenta um estudo dos requisitos para a decretação da prisão preventiva em face do descumprimento de medidas cautelares diversas da prisão e o posicionamento acerca da necessidade de atendimento das condições previstas no art. 313 do Código Penal brasileiro. O objetivo geral da pesquisa foi problematizar o cabimento ou não da decretação de prisão preventiva por magistrado no caso de descumprimento de medida cautelar, a partir de uma pesquisa dogmática instrumental com análise jurisprudencial, tendo sido o trabalho dividido em duas partes. A primeira parte foi composta de um estudo doutrinário das características e requisitos das medidas cautelares e da prisão preventiva. A segunda parte sendo composta da análise jurisprudencial do *Habeas Corpus* 2012.007523-1/000-00 TJMS e dos seus fundamentos quanto à decretação da prisão preventiva em razão do descumprimento de medidas cautelares anteriormente impostas.

Palavras-chave: Medida Cautelar. Descumprimento. Prisão Preventiva. Processo Penal.

LISTA DE SIGLAS

CF – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CPB – Código Penal Brasileiro

CPP – Código de Processo Penal

CTB – Código de Trânsito Brasileiro

DES – Desembargador

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TJDFT – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios

TJGO – Tribunal de Justiça do Estado de Goiás

TJMG – Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

TJMS – Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 A PRISÃO PREVENTIVA E AS MEDIDAS CAUTELARES DE NATUREZA PESSOAL.....	12
1.1. Conceito de medidas cautelares	12
1.2. Princípios aplicáveis	16
1.2.1. Presunção de inocência (ou não culpabilidade)	16
1.2.2. Reserva de jurisdição e motivação das decisões	18
1.2.3. Proporcionalidade.....	20
1.3. Prisões cautelares	22
2 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL	30
2.1 Caso Concreto.....	30
2.2 Análise jurídica do acórdão	33
2.3 Análise da jurisprudência utilizada.....	39
2.3.1 Acórdão nº 519.836 TJDFT.....	41
2.3.2 <i>Habeas Corpus</i> nº 364116-33.2011.8.09.0000 - TJGO	43
2.3.3 <i>Habeas Corpus</i> nº 0394079-75.2011.8.13.0000 - TJMG.....	45
CONCLUSÃO.....	47
REFERÊNCIAS	52

INTRODUÇÃO

Na desobediência a uma determinação judicial, o ordenamento jurídico brasileiro impõe sanções ao indivíduo como forma de dar efetividade aos seus mandatos. Questão relevante se dá quanto aos limites dessa sanção. Uma medida cautelar descumprida deve ser majorada para o encarceramento preventivo? Eis o dilema que o magistrado enfrenta no cotidiano da justiça nacional repleta de processos.

Como forma de garantir a aplicação da lei penal para uma demanda crescente de processos morosos, a prisão preventiva vinha sendo adotada pelo judiciário brasileiro como uma solução alternativa, que trouxe como consequência a superpopulação do sistema prisional e a desvirtuação da natureza cautelar dessa medida.

Com o advento da Lei 12.403/2011, o Código de Processo Penal teve seus capítulos referentes as medidas cautelares, prisões e liberdade provisória amplamente revistos, como forma de correção dessa situação anômala. O melhor exemplo dessas inovações trazidas pelo legislador foi o rol de medidas cautelares diversas da prisão inseridas no art. 319 do Código de Processo Penal – CPP.

As medidas cautelares diversas da prisão se mostraram como excelentes instrumentos à persecução penal e garantia da ordem social, enquanto ao mesmo tempo se mostraram capazes de resguardar os direitos individuais da liberdade e presunção de inocência ao tornarem a prisão preventiva a *ultima ratio* das medidas cautelares. No entanto, tantas inovações empreendidas em um código antigo e ultrapassado, assim como o Código de Processo Penal brasileiro, não tardaram a criar inúmeros questionamentos aos juristas no momento de aplicá-las ao caso concreto.

Dessa forma, vem então a questão de pesquisa: cabe a decretação de prisão preventiva pelo magistrado no caso de descumprimento de medidas cautelares diversas da prisão?

Cabe explicitar que o interesse no tema surgiu em função da importância das medidas cautelares diversas da prisão como solução para reduzir a superpopulação carcerária. Dessa forma, é de extrema relevância que esse instituto seja aplicado de forma adequada pelo judiciário e que também seja eficaz para cumprir o seu objetivo, qual seja acautelar a persecução penal.

A partir das alterações realizadas pela Lei 12.403/2011, passou a constar no artigo 282, § 4º, do CPP, a possibilidade de decretação da prisão preventiva no caso de descumprimento de outras medidas cautelares. Contudo, a Lei 12.403/2011 não deixou claro

se essa prisão preventiva substitutiva estaria condicionada aos requisitos de admissibilidade previstos no art. 313 do CPP.

O primeiro entendimento da doutrina é pela inviabilidade da decretação de prisão preventiva do indivíduo que comete crime culposos ou crime doloso com pena máxima inferior a 4 (quatro) anos e descumpra obrigação imposta por medida cautelar diversa da prisão, por serem previstas de forma taxativa no artigo 313 do CPP as hipóteses de admissibilidade dessa cautelar.

O segundo entendimento é ser cabível a decretação de prisão preventiva do indivíduo que comete crime culposos ou crime doloso com pena máxima inferior a 4 (quatro) anos e descumpra obrigação imposta por medida cautelar diversa da prisão, uma vez que esta conduta está expressamente prevista no artigo 282, § 4º do CPP, o que enseja uma exceção à regra geral de admissibilidade das prisões preventivas prevista no artigo 313 do CPP.

Diante do exposto, considerou-se como objetivo geral da pesquisa a problematização do cabimento ou não da decretação de prisão preventiva por magistrado no caso de descumprimento de medida cautelar. E como objetivos específicos: a análise dos princípios envolvidos na aplicação de medidas cautelares; e a análise do mérito do julgamento do caso concreto bem como dos fundamentos utilizados.

O trabalho será realizado com base na pesquisa dogmática instrumental com análise jurisprudencial, uma vez que o objetivo deste tipo de pesquisa é a contribuição teórica à resolução de problemas práticos a partir de técnicas jurídicas de estudo e interpretação de textos normativos. Dessa forma, foram realizados os seguintes procedimentos: a) levantamento bibliográfico, em que foram feitas uma sondagem e uma análise das bibliografias que abordam o objeto desse estudo; b) organização e análise dos dados a fim de estruturar as ideias.

Finalmente, para a exposição do estudo, este trabalho de conclusão de curso está disposto em dois capítulos e considerações finais. O primeiro será composto de um estudo sobre as características e requisitos do instituto das medidas cautelares a fim de se obter um adequado referencial teórico que possa auxiliar no entendimento do objeto de pesquisa e finalmente a obtenção de dados que possam confirmar ou rechaçar as hipóteses propostas. O segundo capítulo, por sua vez, será composto do estudo sistematizado do julgamento do *Habeas Corpus* 2012.007523-1/000-00 TJMS e de seus fundamentos da decisão que manteve a prisão preventiva em decorrência do descumprimento de medidas cautelares anteriormente impostas ao paciente. Para tanto serão utilizadas técnicas de hermenêutica jurídica para

interpretação da legislação relacionada, em especial a Constituição e o Código de Processo Penal, com o intuito de sustentar o entendimento deste trabalho pela possibilidade da decretação da prisão preventiva nessas hipóteses.

Por fim, nas considerações finais são sistematizadas as principais reflexões deste trabalho a fim de contribuir para uma análise do objeto do estudo.

O intuito desta pesquisa é contribuir com a reflexão acerca do cabimento ou não de prisão preventiva em caso de descumprimento de medida cautelar, com a intenção de ampliar as discussões que direcionam este tema e estimular novos estudos e pesquisas.

1 A PRISÃO PREVENTIVA E AS MEDIDAS CAUTELARES DE NATUREZA PESSOAL

Neste primeiro capítulo, analisaremos inicialmente as principais características das medidas cautelares de natureza pessoal, bem como os seus pressupostos de aplicação. Em seguida, abordaremos os princípios mais relevantes envolvidos no controle e aplicação dessas medidas e, por último, estudaremos a espécie de medida cautelar das prisões preventivas e quais são suas características e requisitos específicos.

1.1. Conceito de medidas cautelares

As medidas cautelares são atos jurídicos que se propõem evitar que eventos danosos, surgidos durante a relação jurídica processual, ou até mesmo antes da formação dessa relação, possam comprometer a obtenção de um provimento final eficaz. Dessa forma, a sentença definitiva, quando proferida, satisfaz o direito da parte, realizando a finalidade instrumental do processo.¹

Tais medidas são de caráter urgente e baseiam-se, tanto no processo penal quanto no civil, em um juízo de probabilidade, ou de cognição sumária. Alexandre Freitas Câmara, entende que:

“Na cognição sumária, busca-se um juízo de probabilidade, devendo o provimento a ser proferido afirmar, apenas e tão somente, que é provável a existência do direito, ou seja, que há fortes indícios no sentido de sua existência, convergindo para tal conclusão a maioria dos fatores postos sob o exame do juiz. Tal provimento, obviamente, não poderá jamais ser tido por imutável e indiscutível, já que não é capaz de afirmar a existência do direito, sendo, portanto, incapaz de ser alcançado pela imutabilidade decorrentes de coisa julgada substancial.”²

Destarte, as medidas cautelares são atos judiciais de natureza precária, podendo ser revogados a qualquer tempo devido ao surgimento de novas provas ou devido ao desaparecimento das razões que motivaram sua aplicação. No processo penal, os pressupostos de aplicação das medidas cautelares de natureza pessoal são conhecidos como *fumus commissi*

¹ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 279.

² CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 290.

delicti e o *periculum libertatis*³ que equivalem respectivamente ao *fumus boni iuris* e *periculum in mora* presentes nas cautelares cíveis⁴.

O pressuposto *fumus comissi delicti* representa a justa causa da decretação de qualquer medida cautelar e tem sua origem no período humanitário da ciência penal, quando Beccaria propôs que “a prisão preventiva só se justificaria diante da prova da existência do crime e de sua autoria”. Com o passar do tempo esse pressuposto sofreu alterações passando a ser representado hoje pela *existência de provas de materialidade e indícios de autoria*.⁵

A prova de ocorrência do delito pode ser realizada por exame pericial, testemunhas, documentos, interceptação telefônica (legal) ou outros meios legais de forma a não deixar dúvida sobre a existência do delito. Já a autoria não precisa ser provada, exigindo-se apenas indícios capazes de vincular o indiciado ao delito, pois “não se exige a concepção de certeza, necessária para uma condenação. A lei se conforma com um lastro superficial mínimo vinculando o agente ao delito”.⁶

Apesar da expressão “provas da existência do crime e indícios de autoria”, ao analisar o cabimento da medida, o magistrado fará apenas o exercício de uma cognição sumária, ou de probabilidade⁷, a fim de perceber ou prever indícios suficientes para o recebimento de uma possível denúncia ou decretação de uma condenação, uma vez que a definição da ocorrência do crime e de seu autor só se revelará com o provimento definitivo da causa⁸.

Esse pressuposto é exigível tanto na decretação de prisões preventivas, quanto na decretação de medidas cautelares alternativas à prisão. Contudo, nesse último caso, as exigências quanto às provas de materialidade e aos indícios de autoria serão menores, proporcionalmente ao nível de restrição da medida cautelar.

Equivalente ao *periculum in mora* das cautelares cíveis, o *periculum libertatis* representa a necessidade da cautelar em vista do risco que a liberdade plena do acusado representa, seja para a investigação criminal, para o processo penal ou para a segurança social.

Os pressupostos que autorizam a decretação das prisões preventivas estão previstos no art. 312 do CPP, sendo eles: assegurar a aplicação da lei penal; conveniência da instrução criminal; garantia da ordem pública e econômica. O parágrafo único ainda aponta a

³ Esses pressupostos serão abordados no estudo da prisão preventiva.

⁴ MARCÃO, Renato. *Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 190.

⁵ Apud MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. São Paulo: Atlas 2006. p. 38-39.

⁶ Ibidem, p. 580.

⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática*. 2. Ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012. p. 39.

⁸ O processo de cognição exauriente só ocorre com o trânsito em julgado do processo.

possibilidade de decretação da prisão cautelar em face do descumprimento de quaisquer outras medidas cautelares anteriormente impostas.

Já as medidas cautelares têm seus pressupostos de admissibilidade previstos no art. 282, Inc. I, sendo elas: a necessidade para aplicação da lei penal; para a investigação ou instrução criminal; e nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais.⁹

Desta forma, é fácil perceber que os motivos que dão legitimidade às medidas cautelares alternativas são os mesmos da prisão preventiva, o que contribui para a natureza alternativa das medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP.¹⁰

Ao contrário do caráter cumulativo dos elementos caracterizadores do *fumus commissi delicti*, no *periculum libertatis* basta a ocorrência de apenas uma das hipóteses descritas anteriormente para que o se configure o pressuposto, o que todavia não impede a incidência concorrente de mais de uma das hipóteses. Nesse último caso, as várias ocorrências poderão ser utilizadas para justificar a aplicação de uma medida mais restritiva.

Somente na presença desses pressupostos é que a liberdade individual do sujeito poderá ser restringida a partir de um juízo de probabilidade, como é o caso, por exemplo, da prisão cautelar. A doutrina pátria divide as medidas cautelares de natureza pessoal em três espécies, sendo elas¹¹:

- prisão cautelar, que por sua vez se divide em prisão em flagrante, preventiva e temporária. A prisão preventiva será abordada com mais profundidade no decorrer deste trabalho, mais especificamente sua relação com o descumprimento de outras medidas cautelares;

- liberdade provisória, que pode ser vinculada ou não à prestação de fiança ou ao compromisso de comparecimento aos atos da persecução penal;

- medida cautelar diversa da prisão, que foram inseridas em nosso ordenamento jurídico pela Lei 12.403, de 2011, e estão elencadas no art. 319 do CPP num total de nove. Buscou-se, com a edição dessas novas espécies de cautelares, a garantia de eficácia do processo penal com menor dano ao indivíduo, em comparação ao cárcere privado.¹²

⁹ Art. 282, I, CPP - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais.

¹⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática*. 2. Ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012. p. 43

¹¹ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012. p. 641.

¹² MARCÃO, Renato. *Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 357.

No Código de Processo Penal Brasileiro, promulgado em 1941, de origem eminentemente fascista, a prisão em flagrante atestava a culpabilidade do indivíduo e era convertida em prisão cautelar de forma automática, independentemente de decisão fundamentada da autoridade judiciária¹³. Raras eram as possibilidades de liberdade provisória, constituindo-se desse modo verdadeira exceção à regra da persecução penal com cárcere preventivo.

Apesar dos princípios da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e da presunção da inocência já existirem desde a constituição imperial e a mudança para o Estado Liberal, a Constituição Federal de 1988 retoma tais compromissos que ficaram materialmente perdidos durante o período ditatorial.¹⁴

O legislador infraconstitucional passa então a promover diversas alterações no sistema processual penal brasileiro, a fim de conferir efetividade aos princípios constitucionais garantistas. Na Seara das medidas cautelares, as primeiras leis a cumprir esse papel foram as de nº 11.689/08 e 11.719/08, que vieram a revogar as prisões cautelares de natureza automática, como as decorrentes de pronúncia e a prisão derivada de sentença condenatória. Tais prisões eram incompatíveis com a presunção de inocência, uma vez que sua decretação era feita de forma automática, independentemente de um juízo cognitivo por parte do magistrado ou das peculiaridades do caso concreto¹⁵.

Contudo, apenas em 2011 é que a Lei nº 12.403, conhecida como “Lei das Prisões”, vem a encerrar a dicotomia entre duas medidas extremas, quais sejam a liberdade provisória e o encarceramento preventivo, e a instituir um rol de medidas cautelares diversas da prisão.

A Lei 12.403/11 teceu ainda importantes modificações nas prisões em flagrantes, ao impor à autoridade policial o dever de informar imediatamente da prisão ao juiz, ao ministério público e à família do preso. O magistrado, por sua vez, foi incumbido o dever de decidir, em um prazo de 24 horas, de forma fundamentada, pelo relaxamento da prisão, caso ilegal, ou sua conversão em prisão preventiva.¹⁶

¹³ GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís. Coordenação. BIANCHINI, Alice; MARQUES, Ivan Luís; GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; MACIEL, Silvio. *Prisão e Medidas Cautelares. Comentários à Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: RT, 2011.

¹⁴ NETO, Hercílio Alexandre da Luz. *Evolução histórica do cárcere: do isolamento absoluto à lei das novas medidas cautelares penais*. Revista Eletrônica OAB Joinville, Joinville, Ed. 2, Vol. 2, Abr./Jun. 2011. Disponível em: <<http://revista.oabjoinville.org.br/artigo/83/evolucao-historica-do-carcere-do-isolamento-absolute-a-lei-das-novas-medidas-cautelares-penais/>>. Acesso em 07 abr. 2013.

¹⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática*. Niterói, RJ: Impetus, 2011. p. 24.

¹⁶ BARROS, Ana Paula Monte Figueiredo Pena. Inovações trazidas pela lei nº 12.403/2011. *Série Aperfeiçoamento de Magistrados*. v. 4. 2012 p. 61. Disponível em <

A nova lei das prisões representou um avanço na cautelaridade penal, uma vez que, atendendo ao princípio da presunção da inocência, tornou a prisão preventiva a *ultima ratio* das medidas cautelares, sem, no entanto, enfraquecer a eficácia da persecução penal ou fomentar a impunidade, haja vista que as prisões cautelares continuaram a ser aplicadas pelo Poder Judiciário ao se fazerem necessárias.¹⁷

Continuando a delinear as características comuns às medidas cautelares, passaremos a analisar os princípios constitucionais envolvidos na decretação dessas medidas cautelares.

1.2. Princípios aplicáveis

A aplicação de qualquer medida cautelar de natureza pessoal resulta, invariavelmente, em uma restrição da liberdade de locomoção do sujeito, variando apenas a intensidade desta restrição dependendo da espécie de cautelar. Logo, esse cerceamento de locomoção deve ser realizado em fiel observância a alguns princípios, como os da presunção de inocência, reserva de jurisdição, motivação das decisões e proporcionalidade.¹⁸ Desta forma, falaremos agora desses princípios cuja observância é de caráter fundamental na aplicação das medidas acautelatórias.

1.2.1. Presunção de inocência (ou não culpabilidade)

A origem do princípio da inocência retoma a Roma Antiga, onde a expressão utilizada era *innocens praesumitur cujus nocentia non probatur*, vindo a resultar posteriormente em outros subprincípios como *in dubio pro reo* ou *favor rei*.¹⁹

Esse princípio encontra, ainda, base teórica no Iluminismo²⁰, sendo revelado em contraposição ao Sistema Inquisitorial do direito canônico, em que o acusado era desprovido

http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/4/medidas_cautelares_52.pdf. Acesso em 07 abr. 2013

¹⁷ NETO, Hercílio Alexandre da Luz. *Evolução histórica do cárcere: do isolamento absoluto à lei das novas medidas cautelares penais*. Revista Eletrônica OAB Joinville, Joinville, Ed. 2, Vol. 2, Abr./Jun. 2011. Disponível em: <<http://revista.oabjoinville.org.br/artigo/83/evolucao-historica-do-carcere-do-isolamento-absoluto-a-lei-das-novas-medidas-cautelares-penais/>>. Acesso em 07 abr. 2013.

¹⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática*. Niterói, RJ: Impetus, 2011. p. 12

¹⁹ SOUZA NETTO, José Laurindo de. *Processo penal: sistemas e princípios*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 154.

²⁰ FERNANDES, Humberto. *Princípios constitucionais do processo penal brasileiro*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006. p. 201.

de maiores garantias²¹. Sua positivação ocorre com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, documento resultante da Revolução Francesa que definia diversas garantias e direitos como sendo universais.

No ordenamento brasileiro, esse princípio só surgiu de forma explícita com a promulgação da Constituição Federal de 1988, da qual consta expressamente em seu artigo 5º, inciso LVII: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Portanto, o réu só poderá sofrer os efeitos penais após o término do devido processo legal, após ter tido a oportunidade de utilizar todos os meios de defesa admitidos em Direito (ampla defesa) e de também contestar todas as provas e imputações apresentadas pela acusação (contraditório).²²

Parte da doutrina entende que o que está previsto na Constituição seria o princípio da não culpabilidade, uma vez que o princípio da inocência na sua forma pura (absoluta) impediria a decretação de qualquer tipo de prisão cautelar, uma vez que o cidadão em estado de inocência não poderia ter sua liberdade cerceada.²³

Em relação à diferença de nomenclatura entre presunção de inocência e presunção da não culpabilidade, Humberto Fernandes esclarece-nos da seguinte forma:

“É comum se reportar ao princípio como presunção de inocência, todavia, Mirabete informa que levado às últimas consequências o princípio da presunção de inocência impediria qualquer medida coercitiva contra o réu. Diante dessa conclusão, prefere denominá-lo como princípio da não-culpabilidade, pois o que a Constituição Federal impede é o tratamento do réu como culpado durante o processo, ou seja, não pode ele ter tratamento de culpado durante o processo pois deve ser tratado apenas como acusado.”²⁴

Apesar da diferença de nomenclatura utilizada pelos operadores do Direito para o tratamento do tema e das razões apresentadas acima por Humberto Fernandes, entendemos que a distinção entre as duas nomenclaturas se revela contraproducente, uma vez que ambos os termos são comumente utilizados como sinônimos pela doutrina e jurisprudência.²⁵

O princípio da inocência (ou não culpabilidade) se desdobra em duas regras: a regra probatória (*in dubio pro reo*) e a regra de tratamento. Conforme a regra probatória, o ônus da prova recai exclusivamente à acusação uma vez que essa deve demonstrar a culpabilidade do

²¹ Nesta época, imperava a presunção de culpabilidade imposta por Estados Absolutistas.

²² LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática*. Niterói, RJ: Impetus, 2011. p. 13

²³ LIMA, Marco Antônio; NOGUEIRA, Ranieri Ferraz. *Prisões e medidas liberatórias*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 46.

²⁴ FERNANDES, Humberto. *Princípios constitucionais do processo penal brasileiro*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006. p. 202.

²⁵ Op. cit. p. 203

acusado e afastar qualquer dúvida sobre o cometimento do tipo penal. Sendo a acusação mal sucedida na produção do acervo probatório, ou ainda restando razoáveis dúvidas sobre algum elemento do tipo, a decisão deve favorecer ao réu, pois o acusado não tem a obrigação de provar que não praticou o crime.²⁶

De forma complementar ao princípio da inocência, a regra de tratamento estabelece que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, o que impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de culpabilidade. Por essa razão, qualquer restrição à liberdade do acusado só é admitida a título cautelar e desde que satisfeitos seus pressupostos legais. Renato Brasileiro entende que:

“A privação cautelar da liberdade, sempre qualificada pela nota da excepcionalidade, somente se justifica em hipóteses estritas, ou seja, a regra é responder o processo penal em liberdade, a exceção é estar submetido a uma medida cautelar de natureza pessoal. São manifestações claras desta regra de tratamento a vedação de prisões processuais automáticas ou obrigatórias e a impossibilidade de execução provisória ou antecipada da sanção penal.”²⁷

Portanto, o Estado, tanto na função legislativa como jurisdicional, fica impedido de agir em relação ao acusado como se esse já fosse culpado antes do trânsito em julgado. Contudo, o princípio de inocência excepciona a adoção de medidas cautelares de natureza pessoal, em casos excepcionais e de forma fundamentada, como forma de garantir a eficácia da persecução penal.²⁸

Desta forma, as medidas cautelares de natureza pessoal são mitigações ao princípio da inocência, uma vez que nenhum direito pode ser considerado de forma absoluta, devendo assim ser relativizado em favor de outros direitos de acordo com o caso concreto. De outro modo, a persecução penal se mostraria inadequada e inviável.²⁹

1.2.2. Reserva de jurisdição e motivação das decisões

O princípio da reserva de jurisdição, ou também conhecido como jurisdicionalidade, impõe que a aplicação de toda medida cautelar de natureza pessoal fique restrita à

²⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática*. Niterói, RJ: Impetus, 2011. p. 15.

²⁷ Ibidem, p. 17.

²⁸ LIMA, Marco Antônio; NOGUEIRA, Ranieri Ferraz. *Prisões e medidas liberatórias*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 46.

²⁹ SARLET, 2008 apud FERNANDES, 2011, p. 250.

manifestação fundamentada de autoridade judiciária. Essa manifestação pode ser prévia, no caso de prisões preventivas, temporárias e outras medidas diversas da prisão. Ou pode ser posterior, no caso de apreciação de conversão da prisão em flagrante em temporária ou em liberdade provisória.³⁰

A Constituição traz de forma expressa esses princípios em seu artigo 5º, incisos LXI e LXII: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou *por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária*”; “a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre *serão comunicados imediatamente ao juízo competente*”.

A Lei nº 12.403/11, observando esses princípios, determinou na redação do artigo 282, § 2º do CPP que:

“as medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.”

e no art. 321 do mesmo código que:

“Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código”.

Além da necessidade de pronunciamento do Poder Judiciário, é mister que a autoridade judicial o faça de forma fundamentada, demonstrando todos os elementos que basearam aquela decisão. Deste modo, torna-se possível o exercício da ampla defesa e do contraditório quanto à existência dos pressupostos autorizadores da decretação de cautelares.³¹ Antonio Scarance indica ainda outro ponto importante acerca deste princípio:

“Os destinatários da motivação não são apenas as partes e os juízes de segundo grau, mas também a comunidade que, pela motivação, tem condições de verificar se o juiz decide com imparcialidade e com conhecimento da causa. Às partes sempre interessa verificar na motivação se as suas razões foram objeto de exame pelo juiz. A este também importa a motivação, pois, mediante ela, evidencia sua atuação imparcial e justa.”³²

³⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática. 2. Ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012. p. 21

³¹ LIMA, Renato Brasileiro de. Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática. Niterói, RJ: Impetus, 2011. p. 23.

³² FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 127.

Logo, a motivação das decisões mostra-se, nesse sentido, como importante instrumento de publicidade das decisões e também como forma de controle da atividade jurisdicional, tanto por órgãos correccionais como pela comunidade.

Outro aspecto importante do princípio da reserva de jurisdição, bem como da presunção de inocência, é a incompatibilidade das prisões *ex lege*, aquelas que são impostas por força de lei de maneira automática e obrigatória, com esses dois princípios. Fica evidente que este tipo de prisão afasta a análise do caso concreto pelo Poder Judiciário ao mesmo tempo em que impõe ao acusado um tratamento de culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.³³

Exemplos de espécies de prisões *ex lege*, abolidas recentemente de nosso ordenamento jurídico pelas Leis nº 11.689/08 e nº 11.719/08, foram as prisões em decorrência de pronúncia e as derivadas de sentença condenatória recorrível. Ambas eram decretadas como efeito automático de outras decisões, independentemente de análise e fundamentação.

Portanto, a competência para a decretação de prisões cautelares é exclusiva do juiz no exercício da atividade jurisdicional, devendo este fazê-la sempre de forma fundamentada, sob pena de nulidade da medida. Esse entendimento decorre do fato de que em qualquer Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário é o detentor da missão de tutela dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos frente ao Estado.

Em consonância com os dois princípios apresentados, as medidas cautelares devem, ainda, ser aplicadas pautadas em um último princípio, qual seja o da proporcionalidade.

1.2.3. Proporcionalidade

Corolário do devido processo legal³⁴, o princípio da proporcionalidade não está previsto expressamente na Constituição Federal. Contudo, se revela como um importante princípio, uma vez que serve como instrumento de controle e aferição da razoabilidade dos atos estatais, ou seja, contenção dos excessos do Poder Público.³⁵

Em relação às medidas acautelatórias, o princípio da proporcionalidade impõe a restrição da medida e de seus limites ao estritamente necessário. Protegendo, assim, o indivíduo contra as intervenções estatais desnecessárias ou excessivas e abrandando, ainda, os

³³ LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática*. Niterói, RJ: Impetus, 2011. p. 24.

³⁴ CF/88. Art. 5º, inc LIV: *Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*

³⁵ LIMA, op. cit., p.26.

malefícios que qualquer tipo de cerceamento da liberdade produz.³⁶ Consequentemente, à autoridade judiciária compete avaliar, de forma ponderada, os malefícios gerados pelo ambiente carcerário, sem esquecer-se da proteção dos interesses da sociedade traduzidos na eficácia da persecução penal.³⁷

Para que um provimento seja proporcional, esse deve cumprir os requisitos intrínsecos do princípio da proporcionalidade, sendo eles: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

O requisito da adequação³⁸ diz respeito a um juízo de conformidade entre a medida a ser imposta e o fim almejado. Portanto, essa só será considerada adequada se a cautelar contribuir de alguma forma para a persecução penal.³⁹ Não está se analisando aqui se a medida é a menos gravosa ou a mais apropriada; essa análise diz respeito ao requisito da necessidade que será abordado posteriormente.

O exame da adequação da medida cautelar deve ser feito sob o enfoque negativo. Ou seja, apenas quando a medida se apresentar inequivocamente inapropriada a atingir os fins da persecução penal é que essa deve ser cassada. Essa análise deve ser realizada também ao longo do tempo, e não só no momento de decretação da medida, uma vez que a inadequação pode vir a ocorrer futuramente à decisão do magistrado, quando, por exemplo, a instrução probatória já tiver sido realizada e o acusado não puder mais interferir nas investigações.⁴⁰

Já o subprincípio da necessidade, também conhecido por alguns autores como princípio da intervenção mínima, guarda relação com a escolha da medida mais eficaz. Isto é, aquela que atenderá aos fins pretendidos, causando o menor dano possível. Essa análise visa coibir que excessos sejam praticados pelo Estado, obrigando-o a escolher sempre a medida restritiva menos gravosa, ou aquela que menos interfira no direito de liberdade do indivíduo.⁴¹

Em decorrência dessa garantia constitucional, a Lei nº 12.403/11 prevê que as medidas cautelares alternativas poderão ser, dependendo da gravidade do crime e das peculiaridades do caso concreto, impostas de forma isolada ou cumulativamente e, em último caso, poderá ser decretada a prisão preventiva. Desta forma, a medida mais gravosa, o cárcere cautelar, só será

³⁶ SOUZA NETTO, José Laurindo de. *Processo penal: sistemas e princípios*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 182.

³⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática*. Niterói, RJ: Impetus, 2011. p. 27.

³⁸ Também conhecido como princípio da idoneidade ou da conformidade.

³⁹ LIMA, Marco Antônio; NOGUEIRA, Ranieri Ferraz. *Prisões e medidas liberatórias*. São Paulo: Atlas, 2011. p.60.

⁴⁰ BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 80.

⁴¹ BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 82.

utilizada em última hipótese, apenas quando as outras cautelares não forem suficientes para assegurar a eficácia da ação penal.⁴²

Por fim, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito complementa os princípios da adequação e da necessidade ao investigar se existe um equilíbrio entre a relação meio-fim. Logo, para que haja uma proporcionalidade em sentido estrito, os benefícios ou interesses almejados devem ser maiores do que o ônus imposto⁴³.

É natural que se perceba aqui um conflito entre direitos fundamentais distintos, contudo, conforme explicitado anteriormente, nenhum direito é absoluto, devendo assim ser relativizado em favor de outros direitos de maior relevância. Na análise de proporcionalidade em sentido estrito das medidas cautelares, operar-se-á uma ponderação entre o interesse individual e o interesse coletivo. Em um polo, o interesse na manutenção da liberdade plena do indivíduo, e, do outro, o interesse na garantia da persecução penal eficaz, promovendo a proteção dos bens jurídicos tutelado pelo Direito Penal.

A Lei nº 12.403/11 não foi omissa em relação a esse subprincípio, modificando o teor dos §§ 4º e 6º do art. 282 do CPP⁴⁴ a fim de conferir maior efetividade e menor ofensividade à aplicação das medidas cautelares pessoais pelos magistrados.⁴⁵ Desta forma, foi promovida uma gradação da restrição da liberdade do indivíduo, diretamente proporcional à gravidade do crime cometido e à necessidade de se acautelar o processo.

Feita essa breve introdução acerca dos elementos comuns a todas as espécies de medidas cautelares, passaremos a estudar a prisão preventiva em específico e as suas peculiaridades.

1.3. Prisões cautelares

As prisões, a serem tratadas neste tópico, são diferentes da prisão decorrente da pena sentenciada, resultado de uma decisão condenatória transitado em julgado. O cárcere cautelar

⁴² LIMA, Marco Antônio; NOGUEIRA, Ranieri Ferraz. *Prisões e medidas liberatórias*. São Paulo: Atlas, 2011. p.61.

⁴³ LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática*. 2. Ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012. p. 34.

⁴⁴ Art. 282. § 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).
§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).

⁴⁵ LIMA, Marco Antônio; NOGUEIRA, Ranieri Ferraz. *Prisões e medidas liberatórias*. São Paulo: Atlas, 2011. p.64.

não pode ser confundido como cumprimento antecipado de pena, mas unicamente como instrumento do Direito Processual Penal que visa dar maior efetividade à persecução penal em determinadas hipóteses previstas em nossos diplomas legais.⁴⁶

Para que a prisão cautelar seja legal, esta deve ser realizada conforme certas formalidades previstas tanto na Constituição quanto no Código de Processo Penal, a fim de se evitar abusos e excessos que venham a ferir direitos fundamentais. A prisão que não cumpra tais formalidades é considerada ilegal e enseja seu imediato relaxamento. São alguns exemplos dessas formalidades:⁴⁷

O primeiro exemplo é o *mandado de prisão*, previsto no rol de direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal de 1988, que assegura em seu artigo 5º, inciso LXI, que ninguém será preso senão por mandado de prisão escrito e devidamente fundamentado por autoridade judiciária competente ou no caso de flagrante delito. Constará no mandado de prisão, lavrado por escrivão e assinado pela autoridade competente: o nome ou sinal indicativo da pessoa a ser presa; o valor da fiança, nas infrações que forem cabíveis; a indicação do responsável pela execução da prisão. O mandado será lavrado em duas vias, sendo uma dessas entregue ao preso e a outra, assinada por esse, ficará com a autoridade, como recibo.⁴⁸

A segunda formalidade é a *restrição de horário e inviolabilidade domiciliar*. A prisão em si pode ser executada em qualquer hora do dia ou da noite, contudo a Constituição prevê direitos relativos à inviolabilidade domiciliar. Portanto, só será possível o cumprimento de mandado de prisão no domicílio do indiciado durante o dia ou em flagrante delito. No caso de prisão com ingresso na casa de terceiro, este será intimado a entregar o preso. Caso não atenda a intimação, a entrada no domicílio será feita à força.⁴⁹

A terceira formalidade é a *restrição quanto à prisão em território diverso da atuação judicial*. Ou seja, caso o indiciado esteja fora do país da execução da prisão, deverão ser respeitadas as leis e os tratados internacionais que digam respeito à extradição. Por outro lado, se o infrator estiver no país, mas fora da jurisdição da autoridade processante, sua prisão será deprecada, devendo constar da carta precatória o inteiro teor do mandado, conforme prevê o

⁴⁶ LIMA, Marco Antônio; NOGUEIRA, Ranieri Ferraz. *Prisões e medidas liberatórias*. São Paulo: Atlas, 2011. p.71.

⁴⁷ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p.546.

⁴⁸ AVENA, Noberto Cláudio Pâncaro. *Processo penal: esquematizado*. 3. ed. São Paulo: Método, 2011. p. 871.

⁴⁹ TÁVORA, Op. Cit. p. 548.

artigo 289 do CPP. Essa formalidade pode ser afastada no caso de urgência, podendo o juiz por qualquer meio de comunicação requisitar a prisão;⁵⁰

O quarto exemplo de formalidade essencial é a *prisão especial*, que devido a prerrogativas de determinados cargos em razão da função desempenhada, algumas pessoas terão sua prisão cumprida em quartéis, estabelecimentos específicos ou em celas separadas dos detentos ordinários. Caso não seja possível a efetivação da prisão especial, poderá ser o indivíduo colocado em prisão domiciliar por deliberação do juiz mediante prévia intimação do Ministério Público.⁵¹

Por fim, o último exemplo de formalidade essencial é a *restrição ao uso de algemas*, que se tornou tema muito controvertido. O Supremo Tribunal Federal entende que seu cabimento é exceção e deve ser justificado por escrito e só se fundamenta no caso de: resistência do preso, receio de fuga ou perigo a integridade física do preso ou alheia. A autoridade judiciária deve fazer constar a justificativa no auto de prisão quando identificar a periculosidade do indiciado.⁵²

Cumpridas as formalidades essenciais, tem-se a prisão preventiva, que é “a prisão de natureza cautelar mais ampla, sendo uma eficiente ferramenta de encarceramento durante toda a persecução penal, leia-se durante o inquérito e na fase processual”.⁵³ É possível sua decretação pelo magistrado, de forma fundamentada, atendendo às hipóteses e aos requisitos previstos no CPP mesmo antes da instauração do inquérito e até o último momento antes do trânsito em julgado do processo.

Conforme visto anteriormente, a aplicação das prisões preventivas, assim como as demais medidas cautelares, está sujeita à demonstração de dois pressupostos: *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*. Esses pressupostos compõem a justa causa da medida cautelar, mínimo necessário para a segurança jurídica na decretação da medida. Ou seja, a constatação probatória da infração e do infrator, e do risco da sua liberdade plena.

As hipóteses de cabimento da prisão preventiva, previstas no art. 312 do CPP, representam o fator de risco que justifica a efetividade da medida. O legislador se incumbiu de estabelecer de forma taxativa quais os fatores que representam esse perigo da liberdade do indivíduo, sendo eles:

⁵⁰ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p.551

⁵¹ AVENA, Noberto Cláudio Pâncaro. *Processo penal: esquematizado*. 3. ed. São Paulo: Método, 2011. p. 874.

⁵² TÁVORA, Op. Cit. p. 553.

⁵³ TÁVORA, Op. Cit. p. 579.

- A *garantia da ordem pública*, que por ser um conceito impreciso, tem gerado grande divergência doutrinária quanto ao seu cabimento. Contudo, o entendimento majoritário, e também o nosso, é de que a ordem pública é expressão de tranquilidade e paz no seio social. Portanto, a decretação da preventiva com base neste fundamento tem a finalidade de se evitar que o agente continue delinquindo no decorrer da persecução penal⁵⁴. Caso demonstrado que o infrator continuará a delinquir, a prisão cautelar se fará necessária, uma vez que a paz social não poderá esperar até o trânsito da sentença penal condenatória para ser mantida. Porém, não basta a alegação de que o indivíduo é um criminoso contumaz, com personalidade voltada para o crime para que se justifique o cárcere cautelar. Desta forma, o magistrado fica incumbido de contextualizar a prisão e seu fundamento, utilizando-se para tanto de elementos probatórios como documentos, testemunhas e folhas de antecedentes penais⁵⁵;

- A *Conveniência da instrução criminal*, nesta hipótese a prisão preventiva resguardará a livre produção probatória, sendo autorizada sua decretação sempre que houver indícios de que o infrator está, ou poderá estar, destruindo provas, coagindo testemunhas ou atrapalhando a instrução probatória de qualquer outra maneira. Fica vedada, no entanto, a prisão cautelar por simples conveniência da instrução criminal ou como forma de obrigar o acusado a colaborar com a apuração do fato delituoso, sob pena de violação ao princípio do *nemo tenetur se detegere*. A prisão preventiva decretada com base nessa hipótese deverá subsistir até o fim da instrução probatória, devendo ser imediatamente revogada uma vez encerrada a instrução processual;⁵⁶

- A *garantia da aplicação da lei penal*, hipótese na qual se evita o desaparecimento do infrator que demonstre de alguma forma a intenção de impedir eventual cumprimento da sanção penal mediante fuga⁵⁷. Para tanto, a fundamentação da decretação da prisão preventiva não poderá basear-se em meras conjecturas, sendo imperativo a demonstração fundada quanto à possibilidade de fuga. A condição econômica do réu, isoladamente, tampouco é fator suficiente para autorizar a prisão. O autor Néstor Távora entende ainda que “a mera ausência

⁵⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática*. 2. Ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012. p.263.

⁵⁵ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 581.

⁵⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática*. 2. Ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012. p.273

⁵⁷ LIMA, Marco Antônio; NOGUEIRA, Ranieri Ferraz. *Prisões e medidas liberatórias*. São Paulo: Atlas, 2011. p.80

do réu ao interrogatório, por si só, mesmo que não justificada, não autoriza a decretação da preventiva⁵⁸;

- A *garantia da ordem econômica*, previsão legal inserida no CPP pela Lei n.º 8.884/1994 (Lei Antitruste), visa coibir que infratores que tenham cometido crimes econômicos continuem a prejudicar o mercado ao empregar técnicas de dominação de mercados, eliminação da concorrência, aumento arbitrário de lucros ou outras condutas previstas no art. 20 da mesma Lei. Essa hipótese autorizadora de decretação de prisões preventivas se assemelha à hipótese de garantia da ordem pública, ou seja, autoriza o cárcere cautelar caso haja risco de reiteração delituosa; e⁵⁹

- O *descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares*, hipótese acrescentada ao CPP pela Lei nº 12.403/11 (Lei das Prisões), em virtude do caráter subsidiário da prisão preventiva em face das medidas cautelares alternativas incluídas no art. 319 do CPP. Segundo essa hipótese, no caso de descumprimento, por parte do infrator, de qualquer medida cautelar anteriormente imposta, o magistrado estará autorizado a converter ou cumular a medida violada em outra, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva⁶⁰, uma vez que descumprida a medida, esta se revela inadequada ou insuficiente ao caso concreto.⁶¹

Além das hipóteses de cabimento ensejadoras do *periculum libertatis*, elencadas no art. 312, o Código de Processo Penal prevê ainda em seu artigo 313 as circunstâncias ou condições de admissibilidade para que as prisões preventivas aplicadas de forma autônoma sejam admitidas. Essas condições não são cumulativas e dizem respeito a requisitos pessoais do infrator ou características do delito cometido, sendo elas:

- **Crime doloso com pena máxima superior a quatro anos (313, I, CPP)** –

Mais uma inovação trazida pela lei 12.403/11 que altera a redação antiga do Código que dispunha que a prisão preventiva só seria cabível nos delitos punidos com reclusão ou detenção. Com esta nova redação, o legislador afastou o cabimento de prisão preventiva nos

⁵⁸ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 583.

⁵⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática*. 2. Ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012. p.266.

⁶⁰ art. 282, § 4º, CPP: No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único)

⁶¹ LIMA, Marco Antônio; NOGUEIRA, Ranieri Ferraz. *Prisões e medidas liberatórias*. São Paulo: Atlas, 2011. p.81

casos de cometimento de contravenções penais ou crimes culposos.⁶² Para o cálculo da pena máxima, consideram-se as qualificadoras, as causas de aumento e diminuição da pena, bem como o concurso de crimes.⁶³

- **Reincidência em crime doloso (313, II, CPP)** – Esse segundo inciso excepciona a previsão do anterior quanto ao *quantum* da pena e autoriza a decretação de prisão preventiva no caso de infratores reincidentes, ressalvado o disposto no inciso I do art. 64 do Código Penal.⁶⁴ Ou seja, caso o infrator venha a praticar um delito doloso antes de passado 5 (cinco) anos da extinção da pena aplicada no primeiro delito também doloso, será cabível a decretação da preventiva, independentemente da pena máxima em abstrato cominada ao delito praticado.

- **Quando o crime envolver violência doméstica e familiar (313, III, CPP)** – O inciso III, inserido pela Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) e posteriormente ampliado pela Lei 12.403/2011, excepciona a restrição do inciso I, admitindo a decretação de prisões preventivas nos casos de crimes dolosos que envolvam violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, independentemente da pena máxima cominada. A intenção do legislador neste caso foi de garantir a execução das medidas protetivas de urgência, resguardando a integridade física e psicológica das pessoas sujeitas à violência de gênero.⁶⁵

- **Dúvida sobre a identidade civil da pessoa (313, parágrafo único)** – Mais uma hipótese de exceção à restrição imposta pelo art. 313, Inciso I, o parágrafo único admite a prisão preventiva “quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado em liberdade imediatamente após sua identificação”⁶⁶. Como o legislador não fez distinção, a prisão preventiva nesse caso poderá ser decretada em decorrência de crimes dolosos ou

⁶² NICOLITT, André Luiz. *Lei 12.403/11: o novo processo penal cautelar, a prisão e as demais medidas cautelares*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 66.

⁶³ BARROS, Ana Paula Monte Figueiredo Pena. Inovações trazidas pela lei nº 12.403/2011. *Série Aperfeiçoamento de Magistrados*. v. 4. 2012 p. 58. Disponível em <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/4/medidas_cautelares_52.pdf>. Acesso em 07 abr. 2013

⁶⁴ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 585.

⁶⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática*. 2. Ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012. p.279.

⁶⁶ Art. 313, Inciso I, CPP.

culposos, atentando, contudo, para a proporcionalidade da medida e do caráter de *ultima ratio* das prisões preventivas.⁶⁷

Portanto, para que uma prisão preventiva seja cabível é necessário que se demonstre os pressupostos de admissibilidade, previstos no art. 312 do CPP, bem como o caso concreto se adequar a uma das hipóteses previstas nos incisos do art. 313 do CPP. Contudo, como veremos no decorrer desse trabalho, o parágrafo único do artigo 312 é espécie *sui generis* de prisão preventiva, a qual não se limita pelas hipóteses de incidência do artigo 313.

O processo penal no Brasil é regido em grande parte pelo Código de Processo Penal, uma lei publicada em 3 de outubro de 1941 e que com o passar do tempo sofreu diversas alterações e emendas pelo legislador. A última grande alteração nesse código foi trazida pela Lei 12.403/2011 que trouxe várias inovações, entre elas um rol de medidas cautelares diversas da prisão.

As medidas cautelares diversas da prisão são excelentes instrumentos à persecução penal e garantia da ordem social, enquanto ao mesmo tempo são capazes de resguardar os direitos individuais da liberdade e presunção de inocência ao tornarem a prisão preventiva a *ultima ratio* das medidas cautelares.⁶⁸

No entanto, tantas inovações empreendidas em um código antigo e ultrapassado, assim como o Código de Processo Penal brasileiro, não tardaram a criar inúmeros questionamentos aos juristas no momento de aplicá-las ao caso concreto. Um exemplo disso é trazido pela Escola da Magistratura do Rio de Janeiro nas palavras de Adriana Carvalho e Souto Carvalho:

“Qual peça deverá ser remetida à autoridade judicial, ao Ministério Público e à Defensoria Pública após a lavratura do auto de prisão em flagrante? Qual o prazo para a remessa de tal peça processual? O processo se inicia só a partir da denúncia? Qual o prazo para a autoridade judicial decidir quanto ao relaxamento, conversão da prisão em preventiva, aplicação de medida cautelar, ou concessão de liberdade? Há necessidade de prévia manifestação do Parquet? As medidas cautelares são aplicáveis a qualquer delito ou apenas como substitutivas à prisão preventiva? O que ocorre no caso do artigo 366 do C.P.P?.”⁶⁹

⁶⁷ NICOLITT, André Luiz. *Lei 12.403/11: o novo processo penal cautelar, a prisão e as demais medidas cautelares*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 66.

⁶⁸ GOMES, Fernanda Maria Alves. *Prisão e liberdade provisória* - Principais alterações da lei nº. 12.403/11. *Consulex: Revista Jurídica*, Brasília, v. 15, n. 345, p. 62-64, jun. 2011.

⁶⁹ CARVALHO, Adriana Therezinha Carvalho; CARVALHO, Souto Castanho de. O novo regime jurídico das medidas cautelares no processo penal. In: ARAÚJO, Irapuã (Editor). *O novo regime jurídico das medidas cautelares no processo penal*. Rio de Janeiro: EMERJ, 2011, p. 17.

Dentre tantos questionamentos, o presente trabalho visa estabelecer um posicionamento acerca de um deles: a possibilidade de decretação de prisão preventiva diante do descumprimento de outras medidas cautelares. A dúvida se torna relevante quanto ao descumprimento de medidas cautelares por indivíduos que cometeram crimes culposos ou crimes dolosos com penas máximas menores ou iguais a 4 (quatro) anos.

Parte dos juristas e doutrinadores entende, neste caso, não ser cabível a decretação da preventiva por força do artigo 313 do CPP⁷⁰, que prevê as circunstâncias e condições de admissibilidade, em regra, das prisões preventivas. Outra parcela compreende a prisão preventiva como dispositivo que gera eficácia às medidas cautelares, chegando a denominá-la de *prisão preventiva substitutiva ou subsidiária*, quando esta é decretada com fundamento no descumprimento de outras medidas cautelares anteriormente impostas, conforme previsão do artigo 282, § 4º do CPP.⁷¹

Apesar da grande divergência doutrinária e jurisprudencial, parece-nos mais razoável que a decretação da prisão preventiva frente ao descumprimento de medida cautelar não fique restrita às circunstâncias e condições definidas no art. 313 do CPP. Caso contrário, tais medidas cautelares alternativas careceriam de qualquer eficácia frente a crimes culposos ou crimes dolosos com pena privativa de liberdade máxima inferior a 4 (quatro) anos, tornando os dispositivos letra morta em nosso ordenamento jurídico e também embaraçando a persecução penal.

Para sabermos sobre esta razoabilidade da decretação da prisão preventiva frente ao descumprimento da medida cautelar independentemente das circunstâncias do 313 do CPP, no capítulo seguinte, será apresentado e analisado um caso concreto no qual o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul - TJMS enfrenta a questão do cabimento da prisão preventiva em face do descumprimento de medidas cautelares alternativas.

⁷⁰ Art. 313. “Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.”

⁷¹ Nesse entendimento: LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática*. 2. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012. p. 54-57.

2 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Antes do estudo do caso concreto, faz-se necessário explicitar o porquê de sua escolha. Além do enfrentamento pontual do objeto deste trabalho, o acórdão do TJMS⁷² foi julgado aproximadamente um ano após a publicação da Lei 12.403 de 2011, tempo suficiente para um melhor amadurecimento, tanto da doutrina quanto da jurisprudência, acerca das inovações trazidas pela Lei de Prisões.

Contudo, a matéria encontra-se longe de estar pacificada, havendo claras divergências nos tribunais de segunda instância e não tendo o STJ analisado especificamente a questão.⁷³ Portanto, foi escolhido um precedente em que o caso concreto melhor se ajustasse a problemática de nosso trabalho, bem como que tivesse o voto dos desembargadores em sintonia com nosso entendimento.

Outra razão para sua escolha fora o fato do paciente do *Habeas Corpus* ter tido suas medidas cautelares decretadas em decorrência de crimes de trânsito. Esses delitos, apesar de seu menor potencial ofensivo, vêm ganhando extrema relevância social e jurídica, uma vez que os altos índices de incidência desses crimes, por todas as classes sociais e regiões do país, forçou o Governo a intensificar a fiscalização, alterar a gravidade das penas, bem como promover massivas campanhas publicitárias de conscientização da sociedade.

Portanto, a investigação da possibilidade ou não de cárcere preventivo em decorrência de crimes de menor potencial ofensivo deixa de ser meramente teórica ou acadêmica para ter relevância prática, figurando no dia a dia de nossos tribunais.

2.1 Caso Concreto

A jurisprudência a ser analisada diz respeito ao acórdão da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, que por unanimidade negou a concessão do *Habeas Corpus* de número 2012.007523-1/0000-00, impetrado pela Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul em favor do paciente Anderson Vendramim, em face de

⁷² TJMS, HC 2012.007523-1/000-00 - Ivinhema, 2ª Câm Crim., rel. Des. CARLOS EDUARDO CONTAR, j. 09/04/2012, DJ 18/04/2012.

⁷³ Os acórdãos recentes envolvendo descumprimento de medidas cautelares julgados pelo STJ em sua maioria estão vinculados a crimes com violência doméstica ou dolosos com pena privativa de liberdade máxima superiores a 4 (quatro) anos. Desta forma o mérito quanto à desnecessidade de observância das hipóteses do art. 313 do CPP para a decretação da prisão preventiva substitutiva fica prejudicada.

alegação de constrangimento ilegal por parte do Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Ivinhema – MS. Segue abaixo a transcrição da ementa do Acórdão:

“*HABEAS CORPUS* - PROCESSO PENAL -REVOGAÇÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA -DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ESTABELECIDAS -PRISÃO PREVENTIVA SUBSTITUTIVA DE MEDIDA CAUTELAR INÓCUA -INEXIGIBILIDADE DE LIMITAÇÃO TEMPORAL -NÃO CONCESSÃO.

O descumprimento de obrigações impostas pela concessão de liberdade provisória impõe sua revogação, acarretando a decretação de prisão preventiva substitutiva, que encontra fundamento no art. 282, § 4º, c/c art. 312, parágrafo único do Código de Processo Penal, e não se limita às hipóteses do art. 313, do mesmo Codex .

Habeas Corpus a que se nega concessão, ante a inobservância das condições previstas para a liberdade concedida em caráter precário.”⁷⁴

No presente caso, o paciente do *Habeas Corpus*, Anderson Vendramim, foi preso em flagrante no dia 05 de fevereiro de 2012, pela prática dos crimes de condução de veículo automotor após ingestão de bebida alcoólica⁷⁵ e direção de veículo automotor sem a devida habilitação⁷⁶, ambas as condutas previstas no Código de Trânsito Brasileiro– CTB.⁷⁷

Posteriormente, no dia 09 de fevereiro de 2012, o Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Ivinhema-MS concedeu ao infrator a sua liberdade provisória, estipulando como condição de sua manutenção, o comparecimento mensal em juízo, a proibição de acesso a bares e similares, a proibição de ausentar-se da Comarca, salvo mediante expressa autorização judicial, e recolhimento domiciliar no período noturno das 20 às 06 horas⁷⁸.

No dia 17 de fevereiro de 2012, a liberdade provisória foi revogada pela autoridade judiciária em razão da constatação do Delegado de Polícia de que o acusado foi flagrado frequentando um bar da cidade às 23h15min. O juiz decretou a prisão preventiva com base no art. 282, § 4º, c/c art. 312, parágrafo único, ambos do Código de Processo Penal em razão do descumprimento de duas das medidas cautelares anteriormente impostas.

Ao receber a comunicação, a Defensoria Pública impetrou *Habeas Corpus*, alegando não estarem presentes os requisitos legais para a decretação da prisão preventiva, principalmente o requisito previsto no art. 313, I, do CPP⁷⁹.

⁷⁴ TJMS, HC 2012.007523-1/000-00 - Ivinhema, 2ª Câm Crim., rel. Des. CARLOS EDUARDO CONTAR, j. 09/04/2012, DJ 18/04/2012.

⁷⁵ Art. 306. CTB

⁷⁶ Art. 309. CTB

⁷⁷ A soma das penas máximas dos dois crimes em abstrato é igual a 4 anos de detenção.

⁷⁸ Medidas Cautelares diversas da prisão previstas no art. 319, incisos I, II, IV e V do CPP.

⁷⁹ Art. 313. “Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;”

O relator, Des. Carlos Eduardo Contar, ao analisar o mérito do *Habeas Corpus* e proferir seu voto, procurou esclarecer que a decretação da prisão preventiva não está restrita às hipóteses descritas pelos incisos do art. 313 do CPP, pois, não há impedimento para a decretação da custódia cautelar quando o agente descumpre as obrigações que lhe foram impostas para a concessão da liberdade provisória.

O relator alega ainda que apesar do paciente ter feito jus à concessão da liberdade provisória, “a revogação da liberdade provisória fundada no art. 312, parágrafo único, do Código de Processo Penal, é hipótese distinta dos elementos exigidos pelo *caput* do mesmo dispositivo legal”.

Com a finalidade de fundamentar seu entendimento acerca da matéria, o relator utiliza-se das palavras de Andrey Borges de Mendonça, que por sua vez defende que, através de uma interpretação sistemática da Lei Nº 12.403/2011, entende-se que a prisão preventiva substitutiva não está sujeita aos mesmos requisitos da prisão preventiva originária, ou independente, conforme transcrição abaixo:

“Como já antecipamos, embora o legislador não tenha sido explícito, é possível a decretação da prisão preventiva nesse caso, em razão da interpretação sistemática da nova legislação. Como é sabido, conforme leciona o ex-Ministro Eros Grau, o direito não pode ser interpretado em tiras, aos pedaços. Imprescindível a interpretação sistemática, pois, segundo leciona Carlos Maximiliano, ‘por umas normas se conhece o espírito das outras. Procura-se conciliar as palavras antecedentes com as conseqüentes, e do exame das regras em conjunto deduzir o sentido de cada uma.’

Embora, em uma leitura apressada, possa-se chegar à conclusão de que as condições de admissibilidade indicadas no art. 313 seriam aplicáveis a todos os casos de prisão preventiva, isto não é verdade. No caso da prisão preventiva substitutiva (aplicável em caso de descumprimento das medidas alternativas à prisão) isto não se faz necessário. Em outras palavras, na hipótese do art. 282, § 4º, a prisão pode ser decretada independentemente da observância das condições de admissibilidade estipuladas no art. 313.”⁸⁰

Desta forma, o relator entendeu ser cabível e necessária a decretação do cárcere cautelar, uma vez que o paciente, ao ser flagrado desrespeitando duas medidas cautelares, demonstrou que outras medidas cautelares seriam insuficientes para conter seu comportamento tendente ao desrespeito ao regramento social.⁸¹ Estando, pois, atendidos os requisitos legais presentes no art. 282, § 4º, c/c art. 312, parágrafo único, ambos do CPP, para a decretação do cárcere cautelar.

⁸⁰ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2011, p.292/293.

⁸¹ Proibição de frequentar bares e similares; e recolhimento domiciliar após as 20h

Em seguida, o Des. Carlos Eduardo Contar finaliza seu voto, citando trechos dos acórdãos do TJDF⁸², TJGO⁸³ e TJMG⁸⁴, quanto à necessidade de manutenção do encarceramento cautelar em situações análogas, sem, contudo, tecer maiores referências ou análises quanto aos acórdãos citados. Ante o exposto, a Segunda Câmara Criminal do TJMS proferiu decisão negando a concessão ao pedido de *Habeas Corpus* em favor do paciente Anderson Vendramim.

2.2 Análise jurídica do acórdão

A decisão do acórdão, quanto à possibilidade de decretação da prisão preventiva substitutiva independentemente das hipóteses previstas no art. 313, do CPP, parece-nos acertada. Entretanto, sua fundamentação baseada apenas na interpretação sistemática da nova Lei de Prisões revela-se tanto quanto temerária.

À primeira vista, a sistemática da Lei 12.403/2011 demonstra que o legislador preocupou-se em corrigir as falhas e os abusos do cárcere cautelar brasileiro, instituindo novas alternativas à prisão, regulando e limitando a prisão em flagrante, bem como restringindo as hipóteses de cabimento da prisão preventiva, tornando-a a *ultima ratio* das medidas cautelares de natureza pessoal no processo penal brasileiro.⁸⁵ Portanto, a partir de uma interpretação sistemática da Lei de Prisões, poderia se concluir que as hipóteses de aplicação dessa medida estariam restritas àquelas previstas taxativamente no art. 313, do CPP.

Contudo, uma interpretação sistemática mais criteriosa da Lei 12.403/2011 nos revela que o parágrafo único do artigo 312 do CPP é um mecanismo de credibilidade e eficácia das medidas cautelares alternativas, que possibilita ao magistrado adequar o grau de restrição à liberdade do indivíduo frente a um eventual descumprimento de medida anteriormente imposta⁸⁶. Caso contrário, tais medidas tornar-se-iam ineficazes e inúteis, deixando de cumprirem o papel para o qual foram concebidas, qual seja a redução do número de prisões

⁸² TJDF, Rec 2011.00.2.011062-8, Ac. 519.836, 2ª T. Crim., rel. Des. Roberval Casemiro Belinati, DJ 21/07/2011.

⁸³ TJGO, HC 364116-33.2011.8.09.0000, rel. Des. LEANDRO CRISPIM, DJ 05/10/2011

⁸⁴ TJMG, HC 0394079-75.2011.8.13.0000, 6ª Câ. Crim., rel. Des. JOSÉ MAURO CATTAPRETA LEAL, j. 19/07/2011, DJ 28/07/2011.

⁸⁵ AMARAL, Juliana Jobim do. *A lei nº. 12.403/2011: novos e velhos problemas*. Revista Jurídica, São Paulo, v. 59, n. 404, p. 77-94, jun. 2011

⁸⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e liberdade de acordo com a lei 12.403/2011*. Ed. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

preventivas decretadas e consequentemente uma persecução penal menos invasiva à liberdade individual do acusado.

Essa possibilidade de decretação da prisão preventiva substitutiva de forma independente das hipóteses previstas no artigo 313 do CPP se torna relevante quanto aos crimes cuja pena máxima seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos. Pode-se citar a título de exemplo comparativo o crime de sequestro e cárcere privado,⁸⁷ cuja pena máxima é de 3 (três) anos, e os crimes de furto e de receptação,⁸⁸ que por sua vez possuem pena máxima iguais a 4 (quatro) anos.

Tais crimes, além de não serem de menor potencial ofensivo, são bastante recorrentes em nossa sociedade, sendo também comum a necessidade de se acautelar suas investigações a fim de se evitar que criminosos empreendam fuga ou voltem a delinquir.⁸⁹ Por força do artigo 313, inciso I, do CPP, não é possível a imediata decretação da prisão preventiva, devendo o juiz aplicar as medidas cautelares previstas no artigo 319 do CPP, de forma individual ou cumulada, a depender do caso concreto. Apenas no caso de descumprimento de uma ou mais dessas cautelares anteriormente impostas é que o juiz poderá decretar a prisão preventiva de forma substitutiva, e ainda assim, apenas nos casos de impossibilidade ou inviabilidade da aplicação de outras medidas cautelares alternativas.

A aplicação das novas medidas cautelares alternativas se mostram extremamente importantes não só nesses casos, mas também nas hipóteses de cabimento das prisões preventivas originárias. O Brasil apresenta-se como um dos campeões mundiais no uso de prisões cautelares, onde aproximadamente 44% da população carcerária não possui sentença final condenatória⁹⁰, o que por si só já demonstra o abuso de sua utilização.

O Ministério da Justiça revelou as estatísticas da população carcerária do Brasil com um total de aproximadamente 180 mil presos provisórios⁹¹. Conforme estimativa do CNJ, que vem desempenhando um importante papel na liberação de presos em situação irregulares,

⁸⁷ Art. 148, CPB

⁸⁸ Art. 155 e 180, CPB

⁸⁹ GOMES, Fernanda Maria Alves. *Prisão e liberdade provisória* - Principais alterações da lei nº. 12.403/11. *Consulex: Revista Jurídica*, Brasília, v. 15, n. 345, p. 62-64, jun. 2011

⁹⁰ GOMES, Luiz Flávio. Da Prisão, das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória. In: GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís (Org.). *Prisão e Medidas Cautelares. Comentários à Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 19-93.

⁹¹ Infopen < <http://portal.mj.gov.br/>>. Dados referentes a junho de 2012.

existem milhares de reclusos com suas prisões cautelares com excesso de prazo, chegando em muitos casos a ultrapassar o teto fixado para a pena dos crimes a eles imputados.⁹²

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos considera que a detenção de pessoas por tempo indefinido, sem identificação precisa das acusações, sem um processo aberto, sem defensor ou sem meios de defesa, constitui clara violação ao direito de liberdade bem como ao devido processo legal.⁹³

A utilização indiscriminada do cárcere cautelar, que supostamente seria a *ultima ratio* das medidas cautelares, viola o princípio da inocência, constituindo verdadeiro exemplo do direito penal do inimigo, caracterizado por limitar e violar direitos e garantias fundamentais dos indivíduos que cometeram ou estão sendo investigados pelo cometimento de tipos penais.

Juarez Cirino Santos demonstra a caracterização do direito penal do inimigo na persecução penal da seguinte forma:

“o sistema processual penal seria cindido entre a imputação fundada no princípio acusatório para o cidadão, acusado com as garantias constitucionais do processo legal devido (ampla defesa, presunção de inocência etc.), por um lado, e a imputação fundada no princípio inquisitório para o inimigo, punido sem as garantias constitucionais do processo legal devido (defesa restrita, presunção de culpa etc.), com investigações ou inquéritos secretos, vigilâncias sigilosas, interceptação telefônica, escuta ambiental, prisões temporárias, proibição de contato com advogado etc.”⁹⁴

Logo, a distinção entre cidadãos e criminosos, vulnerando os direitos e garantias fundamentais desses últimos, considerados como inimigos, caracteriza ato discriminatório e incompatível com nosso ordenamento jurídico constitucional. Importante exemplo dessa prática revela-se pela frequente utilização dos magistrados da expressão “autor contumaz de crimes” como forma de fundamentar as decretações de prisões preventivas com base na garantia da ordem social.

Portanto, o cabimento da prisão preventiva substitutiva nos casos de descumprimento de medidas cautelares alternativas, independentemente do quantum de pena atribuída ao delito cometido, confere maior eficácia às medidas cautelares, o que possibilita que essa inovação legislativa trazida pela Lei nº 12.403/2011 possa vir a substituir efetivamente o uso abusivo e indiscriminado do cárcere cautelar em nosso país.

⁹² GOMES, Luiz Flávio. Da Prisão, das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória. In: GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís (Org.). *Prisão e Medidas Cautelares. Comentários à Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 19-93.

⁹³ Informe Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 1987 apud GOMES, 2012, p. 87.

⁹⁴ SANTOS, Juarez Cirino. *O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual*. Disponível em: < <http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/Direito%20penal%20do%20inimigo.pdf>>. Acesso em 14 jun. 2013.

Outra importante questão não abordada pelo relator em seu voto é a análise do cabimento da prisão preventiva substitutiva quanto ao princípio da proporcionalidade e seus três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A decretação da prisão preventiva no caso concreto se mostra adequada, uma vez que o cárcere preventivo assegurará a persecução penal eficaz, evitando-se que o réu empreenda fuga ou volte a delinquir⁹⁵. Desta forma, o meio escolhido pelo magistrado é plenamente apto a alcançar a finalidade almejada.

A valoração quanto ao subprincípio da necessidade, ou da intervenção mínima, conforme visto anteriormente, diz respeito à escolha, dentre os meios disponíveis, daquele menos oneroso ao indivíduo, ou seja a cautelar que menos limite seus direitos fundamentais, mas que ainda sim seja adequada a alcançar a finalidade almejada⁹⁶. No caso concreto, duas das medidas cautelares alternativas anteriormente impostas já haviam sido descumpridas pelo indivíduo, restando ao magistrado apenas a decretação da prisão preventiva como forma de se acautelar o processo. Portanto, o Juiz agira em conformidade com o subprincípio da necessidade.

Já a análise quanto à adequação ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito é a que gera mais controvérsias na doutrina. Os doutrinadores que entendem não ser cabível a decretação de prisão preventiva para crimes com pena máxima igual ou inferior a 4 (quatro) anos utilizam deste princípio para sustentarem seu ponto de vista.

Para esses doutrinadores,⁹⁷ não seria cabível a decretação de prisão preventiva nesses casos, pois a sanção condenatória a ser aplicada pelo magistrado ao final do processo seria mais branda do que a própria medida cautelar. Desta forma, ficaria demonstrada a desproporcionalidade em sentido estrito entre os meios (medida cautelar) e os fins almejados (penas restritivas de direitos).

Contudo, este não é nosso entendimento, tendo em vista que a análise da proporcionalidade em sentido estrito não deve levar em consideração apenas a relação entre a possível pena condenatória e a medida cautelar a ser imposta. A proporcionalidade em sentido estrito exige a ponderação de todos os interesses envolvidos no caso concreto.

⁹⁵ SOUZA NETTO, José Laurindo de. *Processo penal: sistemas e princípios*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 182.

⁹⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática*. Niterói, RJ: Impetus, 2011. p. 27

⁹⁷ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 583.

CUNHA, Rogério Sanchez. Da Prisão, das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória. In: GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís (Org.). *Prisão e Medidas Cautelares. Comentários à Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 152-172.

Luiz Flávio Gomes nos traz uma listagem exemplificativa dos interesses envolvidos na decretação ou manutenção de uma medida cautelar:

“(1) de um lado estão os interesses do Estado: (a) no correto desenvolvimento do processo e dos institutos processuais; (b) na realização do *ius puniendi*, levando-se em conta as consequências jurídicas esperadas (pena; substituição; *sursis*; regime aberto), a importância da causa (gravidade da infração), o perigo da reincidência, o grau de imputação (certeza sobre o resultado), êxito previsível da medida (rendimento), etc.;

(2) de outro lado os interesses do indivíduo: preservação do *ius libertatis*; presunção de inocência; prejuízos da medida para sua saúde (aids), vida familiar, profissional, social etc; condições da prisão; a demora do processo etc.”⁹⁸

Portanto, não se pode afastar o cabimento da prisão preventiva substitutiva alegando-se a desproporcionalidade entre a possível pena a ser imposta e o rigor da medida cautelar, uma vez que existem vários outros interesses a serem valorados no caso concreto.

Surge, então, na doutrina moderna⁹⁹, o entendimento de que o princípio da proporcionalidade possui uma dupla face: uma que protege o indivíduo contra os excessos do Estado (garantismo negativo); e outra que impõe ao Estado a *proibição de uma proteção deficiente* (garantismo positivo), ou de omissões estatais¹⁰⁰. Esse princípio é invocado a fim de se evitar a prestação de uma tutela penal ineficiente.

Nos dizeres de um dos importantes defensores dessa tese, Lênio Luiz Streck:

“Perfeita, pois, a análise de Alessandro Baratta: é ilusório pensar que a função do Direito (e, portanto, por parte do Estado), nesta quadra da história, fique restrita à proteção contra abusos estatais (aquilo que denominamos de garantismo negativo). No mesmo sentido, o dizer de João Baptista Machado, para quem o princípio do Estado de Direito, nesta quadra da história, não exige apenas a garantia da defesa de direitos e liberdades contra o Estado: exige também a defesa dos mesmos contra quaisquer poderes sociais de fato. Desse modo, ainda com o pensador português, é possível afirmar que a ideia de Estado de Direito se demite da sua função quando se abstém de recorrer

⁹⁸ V. GOMES, Luiz Flávio. Da Prisão, das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória. In: GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís (Org.). *Prisão e Medidas Cautelares. Comentários à Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 19-93.

⁹⁹ STRECK, Lênio Luiz. *O princípio da proibição de proteção deficiente (untermassverbot) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico*. Disponível em: < <http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/1.pdf>>. Acesso em 16 jun. 2013

¹⁰⁰ RUDOLFO, Fernanda Mambrini. *Proibição de proteção deficiente e de excesso de proibição: restrição de liberdades constitucionais no processo penal e a lei n. 12.403/11*. Disponível em: < <http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/1423/1113>>. Acesso em 16 jun 2013.

aos meios preventivos e repressivos que se mostrem indispensáveis à tutela da segurança, dos direitos e liberdades dos cidadãos.”¹⁰¹

Desta forma, a fim de se evitar uma proteção deficiente do Estado frente à omissão do legislador em incluir explicitamente no artigo 313 do CPP o descumprimento de medidas cautelares como hipótese autorizadora de decretação de prisão preventiva, deve-se fazê-lo através da hermenêutica jurídica, sob pena de tornar a persecução penal ineficaz contra delitos com pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos.

Ao continuar a análise do acórdão, é possível perceber que apesar da decretação da prisão preventiva ter sido proferida de forma legal, conforme nosso entendimento, o relator se equivocou ao defender que a prisão preventiva substitutiva é hipótese distinta dos elementos exigidos no *caput* do artigo 312 do CPP.

Os elementos do *caput* do artigo 312 do CPP representam os pressupostos da prisão preventiva, sendo eles *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis* essenciais à decretação de qualquer medida cautelar. Desta forma, qualquer que seja a espécie de prisão preventiva, esta só poderá ser decretada em razão desses pressupostos¹⁰².

Contudo, no caso concreto, esses pressupostos não deixaram de estar presentes, sendo representado o *fumus comissi delicti* pelo auto de prisão em flagrante e o *periculum libertatis* pela necessidade de garantia da ordem pública, uma vez que o indivíduo demonstrou a possibilidade de voltar a cometer o crime pelo qual estava sendo julgado ao violar as medidas cautelares anteriormente impostas.

Esse entendimento decorre do fato de que as medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP, por serem medidas restritivas de liberdade, só puderam ser decretadas em primeiro plano por haver os pressupostos *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*. O legislador foi claro ao definir esses pressupostos no art. 282, I do CPP¹⁰³ como requisitos obrigatórios à decretação de qualquer tipo de cautelar, seja ela de natureza carcerária ou alternativa ao cárcere.

Portanto, nos parece que o parágrafo único do art. 312 do CPP estabelece mais uma circunstância de admissão da decretação da prisão preventiva. Ou seja, o legislador cometeu

¹⁰¹ STRECK, Lênio Luiz. *O princípio da proibição de proteção deficiente (untermassverbot) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal*: superando o ideário liberal-individualista-clássico. Disponível em: < <http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/1.pdf>>. Acesso em 16 jun. 2013.

¹⁰² LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática*. 2. Ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012. p.12.

¹⁰³ No título IX (DA PRISÃO, DAS MEDIDAS CAUTELARES E DA LIBERDADE PROVISÓRIA) do Código de Processo Penal, o artigo 282, inciso I, estabelece que as medidas cautelares previstas neste título deverão ser aplicadas observando-se a necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais.

uma atecnia ao acrescentar esse parágrafo ao art. 312 ao invés do art. 313 que prevê as demais circunstâncias autorizadoras da decretação da prisão preventiva.

Após a conclusão da análise jurídica do acórdão escolhido, passaremos agora a analisar os três julgados trazidos pelo relator Desembargador Carlos Eduardo Contar e sua relevância para a fundamentação do voto do relator.

2.3 Análise da jurisprudência utilizada

Antes de aprofundarmos no estudo dos acórdãos do TJDFT, TJGO e TJMG citados pelo relator em seu voto, cumpre-nos fazer uma pequena digressão quanto à aplicação da lei processual penal no tempo, mais especificamente da Lei 12.403/2011, uma vez que todos os três julgados ocorreram logo após a entrada em vigor da Lei das Prisões.

No âmbito do direito processual penal, os dispositivos legais têm aplicação imediata, consagrando o princípio *tempus regit actum*. O art. 2º do CPP estabelece que “A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior”. Portanto, em contraposição à lei penal que leva em conta o instante da prática do delito (*tempus delicti*), a lei processual penal é aplicada segundo o momento da prática do ato processual (*tempus regit actum*)¹⁰⁴. Em decorrência desse princípio, os atos praticados durante a vigência da lei anterior continuam válidos e os novos atos a serem praticados durante o curso do processo serão regulados pela lei em vigor na data de sua realização.

Contudo, vem crescendo na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que a aplicação imediata da lei processual penal prevista no artigo 2º do CPP só se destinaria as normas genuinamente processuais. Ou seja, aquelas que cuidam unicamente do procedimento, dos atos processuais e da técnica do processo.¹⁰⁵

Às normas de natureza material ou mista, que, a despeito de estarem inseridas em lei processual, versem sobre regra penal de direito material, será aplicável os princípios que regem a aplicação da lei penal no tempo.

Segundo Nucci, apesar de não haver um conceito preciso, as normas processuais materiais ou mistas são “aquelas que, apesar de disciplinadas em diplomas processuais penais, dispõem sobre o conteúdo da pretensão punitiva, tais como aquelas relativas ao direito de

¹⁰⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática*. 2. Ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012. p.9

¹⁰⁵ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 50.

queixa, ao de representação, à prescrição e à decadência, ao perdão, à perempção etc.”¹⁰⁶ Ou seja, aquelas que sua aplicação pode afetar de maneira definitiva o direito de punir do Estado ou alterar o status de liberdade do indivíduo.

Desta forma, à essa classificação é possível acrescentar as normas processuais que produzam reflexos no direito de liberdade do agente, como as que estabelecem condições de procedibilidade, meios de prova, liberdade condicional, prisão preventiva, fiança, entre outras que tenham por conteúdo matéria que seja direitos ou garantias constitucionais.¹⁰⁷

Em decorrência da equiparação das normas penais com as materialmente penais, à ambas são aplicados o princípio da irretroatividade da lei mais gravosa (*lex severior*) e sua exceção, e o princípio da retroatividade (ou extra-atividade) da lei mais branda (*lex mitior*). Importante ressaltar que esse caráter da norma deve ser avaliado em relação ao réu e à situação judicial concreta em que se encontre.¹⁰⁸

Esse entendimento visa potencializar as garantias constitucionais inerentes ao imputado, colocando em um mesmo patamar as normas penais e processuais penais, o que impede a aplicação retroativa de normas materialmente penais, caso sejam mais gravosas e possibilita a aplicação imediata de normas mais benéficas, inclusive na renovação de atos processuais, a depender da fase processual.¹⁰⁹

A Lei nº 12.403 foi publicada no dia 05 de maio de 2011, entrando em vigor apenas no dia 04 de julho de 2011, isso porque seu art. 3º dispôs que sua vigência dar-se-ia apenas 60 dias após a data de sua publicação¹¹⁰. Portanto, os atos processuais praticados após sua vigência seriam regulados por esta Lei, com exceção dos dispositivos acerca de medidas cautelares pessoais mais gravosas para o réu que tenha cometido o crime antes da entrada em vigor da referida Lei.

Como visto anteriormente, outra exceção ao princípio da não retroatividade são as hipóteses de renovação ou revogação de atos processuais já praticados, caso a Lei

¹⁰⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 139.

¹⁰⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática*. 2. Ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012. p.10

¹⁰⁸ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro, parte geral*. Vol 1. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 184.

¹⁰⁹ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 51.

¹¹⁰ De acordo com o art. 8º, § 1º, da Lei Complementar nº 95/1998, acrescido pela Lei Complementar nº107/2001, “a contagem do prazo para entrada em vigor das leis que estabeleçam período de vacância far-se-á com a inclusão da data da publicação e do último dia do prazo, entrando em vigor no dia subsequente a sua consumação integral”.

12.403/2011 impute medida cautelar mais branda ao réu ou indiciado. Por exemplo, o relaxamento de prisões preventivas oriundas do cometimento de furtos simples, uma vez que a Lei das Prisões permite a decretação de prisões preventivas apenas em relação a crimes dolosos punidos com pena máxima superior a 4 (quatro) anos.

Após o estudo da aplicação temporal das normas processuais penais e suas implicações, passaremos a analisar os julgados utilizados pelo Desembargador Carlos Eduardo Contar na fundamentação de seu voto.

2.3.1 Acórdão nº 519.836 TJDFT

É bastante comum no Brasil, o uso da jurisprudência por juízes, promotores e advogados, como forma de complementarem suas peças processuais, conferindo uma maior credibilidade para seus fundamentos jurídicos. Para tanto, são muitas vezes transcritos trechos de decisões judiciais no intuito de demonstrar o posicionamento de um ou mais tribunais acerca do caso jurídico em análise.

Contudo, temos visto em nossos tribunais que os operadores do Direito utilizam-se dessa técnica de forma equivocada, citando trechos isolados que não representam a decisão em sua totalidade, ou transcrevem sentenças ou acórdãos que não refletem a mesma situação jurídica que se deseja fundamentar.¹¹¹

Deste modo cumpre-nos analisar o acórdão nº 519.836 do TJDFT, citado pelo Relator em seu voto, quanto à sua pertinência com os fundamentos utilizados para a manutenção da prisão preventiva em razão do descumprimento das medidas cautelares anteriormente impostas.

Segue abaixo a transcrição de sua ementa com o trecho citado pelo Desembargador:

“*HABEAS CORPUS*. FURTO DUPLAMENTE QUALIFICADO. PRISÃO EM FLAGRANTE. CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. TERMO DE COMPROMISSO. INDICAÇÃO DE ENDEREÇO INCORRETO. FRUSTRAÇÃO DA CITAÇÃO PESSOAL. NÃO ATENDIMENTO A CITAÇÃO POR EDITAL. ARTIGO 366 DO CPP. QUEBRA DO COMPROMISSO. REVOGAÇÃO DO BENEFÍCIO DA LIBERDADE PROVISÓRIA. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

¹¹¹ MELO, Larissa Maria Melo. *A fábrica de argumentos: a construção da iniquidade nos casos da anistia pelo Supremo Tribunal Federal*. Dissertação (mestrado) - Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2012.

1. A liberdade provisória, prevista no artigo 310 do Código de Processo Penal, é vinculada e o descumprimento injustificado de qualquer de suas condições implica o imediato restabelecimento da prisão.
2. No caso em apreço, concedida a liberdade provisória ao paciente, mediante termo de compromisso de comparecimento a todos os atos do processo, o mesmo não foi localizado no endereço declinado no referido termo, uma vez que indicou endereço incorreto, frustrando sua citação pessoal, tendo a autoridade impetrada revogado o benefício da liberdade provisória e decretado a sua prisão preventiva, razão de não haver falar-se em constrangimento ilegal, diante da quebra do compromisso.
3. Ordem denegada para manter a decisão que revogou o benefício da liberdade provisória e decretou a prisão preventiva do paciente.”¹¹²

O acórdão em análise trata de *Habeas Corpus* impetrado pela defensoria pública em favor de George Pereira Santos, contra decisão de Juiz de Direito que decretou a prisão preventiva do paciente em razão de quebra de compromisso de comparecimento a todos os atos do processo.

No caso em apreço, o paciente do *Habeas Corpus*, preso em flagrante pelo cometimento de furto duplamente qualificado,¹¹³ teve sua liberdade provisória concedida mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo sob pena de revogação, de acordo com o art. 310 do CPP¹¹⁴.

Contudo, no momento de sua citação, verificou-se que o paciente havia indicado o endereço de sua residência de forma incorreta, impedindo sua citação pelo oficial de justiça. Diante dessa situação, o Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Circunscrição Judiciária do Paranoá revogou a liberdade provisória e decretou a prisão preventiva do acusado com fundamento na conveniência da instrução criminal. A Defensoria Pública, em razão dessa decisão, impetrou *Habeas Corpus*, alegando que a revelia do paciente não era causa hábil a ensejar a decretação do cárcere cautelar.

A 2ª Turma Criminal do TJDF, por sua vez, denegou o *Habeas Corpus*, mantendo a decisão que revogou o benefício de ordem, entendendo que o cárcere cautelar foi decretado

¹¹² TJDF, Rec 2011.00.2.011062-8, Ac. 519.836, 2ª T. Crim., rel. Des. ROBERVAL CASEMIRO BELINATI, DJ 21/07/2011.

¹¹³ Furto qualificado

“Art. 155. § 4º - A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido:

I - com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa;

II - com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza;

III - com emprego de chave falsa;

IV - mediante concurso de duas ou mais pessoas.”

¹¹⁴ Redação dada pela Lei nº 5.349, de 3.11.1967:

“Art. 310. Quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato, nas condições do art. 19, I, II e III, do Código Penal, poderá, depois de ouvir o Ministério Público, conceder ao réu liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.

Parágrafo único. Igual procedimento será adotado quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (arts. 311 e 312).”

em razão da conveniência da instrução criminal e em razão da quebra de compromisso estabelecida com a decretação da liberdade provisória.

Fica claro no acórdão em análise, que os doutos julgadores em momento algum utilizaram-se dos novos dispositivos da Lei 12.403/2011 para fundamentarem seus voto, atendendo-se à previsão do art. 2º do CPP, uma vez que a decretação da prisão preventiva havia sido efetuada antes da entrada em vigência da lei mais nova.

Dessa forma, é possível concluir que o Des. Carlos Eduardo Contar não foi criterioso ao escolher esse acórdão do TJDFT como paradigma, uma vez que apesar de em ambos os casos ter havido o entendimento pela manutenção da prisão preventiva, os fundamentos foram distintos, bem como as legislações empregadas.

2.3.2 *Habeas Corpus* nº 364116-33.2011.8.09.0000 - TJGO

Em seguida, passamos à análise do segundo acórdão (*Habeas Corpus* nº 364116-33.2011.8.09.0000 – TJGO) citado pelo Desembargador em seu voto, cujo conteúdo revela-se como um caso concreto semelhante ao do primeiro acórdão. Como pode ser verificado através da transcrição de sua ementa:

“EMENTA: *HABEAS CORPUS*. FURTO QUALIFICADO. PEDIDO DE REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. DESCABIMENTO. CONDIÇÕES DA LIBERDADE PROVISÓRIA DESCUMPRIDAS. DECISÃO FUNDAMENTADA. ARTS. 312 E 316 DO CPP.

Inviável a revogação da prisão preventiva quando esta foi decretada em razão do descumprimento das condições estabelecidas para a liberdade provisória anteriormente concedida em favor do paciente, que não foi encontrado para ser citado e não informou seu endereço atualizado, sendo a medida cautelar encarceradora necessária para garantir a instrução criminal. Decisão devidamente fundamentada nos artigos 312 e 316 do Código Processual Penal. ORDEM DENEGADA.”¹¹⁵

O acórdão do TJGO trata de *Habeas Corpus* impetrado em favor do paciente Erick Douglas Marques de Almeida, em decorrência da decretação de sua prisão preventiva efetuada pelo juízo da 9ª Vara Criminal da Comarca de Goiânia/GO.

¹¹⁵ TJGO, HC 364116-33.2011.8.09.0000, rel. Des. LEANDRO CRISPIM, DJ 05/10/2011.

Decorre dos fatos que o paciente foi denunciado pela prática do crime de furto qualificado pela destruição ou rompimento de obstáculo,¹¹⁶ tendo sido preso e posteriormente posto em liberdade provisória no dia 30/03/2010.

Ao ser recebida a denúncia, não foi possível realizar a citação do réu por não ter sido encontrado no endereço por ele fornecido e de seu defensor constituído ter renunciado a sua defesa ao ser intimado para trazer aos autos o endereço correto.

Em decorrência da fuga do réu, representado pela quebra das condições de não ausentar-se do juízo e comparecimento sempre que chamado no processo, o Juiz de primeira instância revogou a liberdade provisória decretando nova prisão preventiva com fundamento na conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação penal.

Por sua vez, o paciente alega, em sua defesa, que a prisão preventiva foi decretada sem fundamentação concreta, baseando-se apenas na materialidade do fato e nos indícios de autoria delitiva, ensejando assim o relaxamento da prisão de caráter ilegal. Além disso alegou que jamais se furtou à aplicação da lei penal e que sua liberdade não representa ameaça à ordem pública, uma vez sendo primário e ocupante de atividade lícita.

A turma criminal do TJGO entendeu que o magistrado havia justificado de forma eficaz a revogação da liberdade provisória com decretação de nova prisão preventiva diante do descumprimento das condições impostas quando da concessão do benefício. Fundamentou ainda seu entendimento com base nos artigos 312 e 316¹¹⁷ do CPP.

Ademais, a Turma Criminal esclareceu que o paciente tinha plena capacidade de compreender o compromisso firmado. Pois que o réu era parte em outros processos criminais bem como já havia sido preso outras vezes.

Por fim a Turma criminal encerra o acórdão, denegando a ordem impetrada, mantendo a decisão do magistrado. Contudo em momento algum, esta enfrenta a questão da aplicação, aos fatos, as novas regras impostas pela Lei 12.403/2011. O que nos leva a crer que a legislação utilizada pelo Tribunal ao proferir sua decisão foi a lei, já revogada, nº 5.349/1967.

Mais uma vez o Desembargador do TJMS não foi razoável na escolha do segundo acórdão paradigma, visto que este também não enfrentou questões relacionadas a entrada em vigor da nova lei de prisões, apesar da prisão preventiva ter sido aplicada em decorrência da quebra do compromisso de comparecimento em juízo.

¹¹⁶ Art. 155, § 4º, I do CPB

¹¹⁷ “Art. 316. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.”

2.3.3 *Habeas Corpus* nº 0394079-75.2011.8.13.0000 - TJMG

Finalmente, analisamos o terceiro e último acórdão citado pelo Relator. A decisão do *Habeas Corpus* nº 0394079-75.2011.8.13.0000 do TJMG, em contraposição aos dois primeiros citados, se revelou em uma excelente escolha pelo Desembargador para enriquecer seu voto, uma vez que os fundamentos jurídicos expostos pela 6ª Câmara Criminal do TJMG são os mesmos desenvolvidos por ele em sua Decisão.

Segue abaixo a transcrição da ementa do acórdão do TJMG, com o trecho escolhido de forma apropriada pelo Desembargador Carlos Eduardo Contar:

EMENTA: "*HABEAS CORPUS*" - FURTO SIMPLES – DESCUMPRIMENTO INJUSTIFICADO DA LIBERDADE PROVISÓRIA - REVOGAÇÃO DA PREVENTIVA - IMPOSSIBILIDADE.

Nos termos do art. 282, §4º, do CPP, introduzido pela Lei 12403/11, é possível a decretação da prisão preventiva em crimes punidos com pena igual ou inferior à 04 (quatro) anos, se o paciente descumpriu injustificadamente as medidas cautelares impostas e as demais se mostrarem ineficazes.¹¹⁸

No acórdão em exame o paciente, Januário Pinto Filho, que estava sendo processado pela suposta prática do delito de furto simples¹¹⁹, não foi encontrado em nenhum dos endereços por ele fornecidos ao juízo, tendo sido então citado por edital.

Não tendo comparecido a nenhum dos atos do processo e nem constituído defensor nos autos, o magistrado decretou a revogação da liberdade provisória do réu, decretando em seguida sua prisão preventiva com fundamento no art. 366 do CPP¹²⁰.

Inconformado, o paciente impetrou *Habeas Corpus* contra a autoridade judiciária que decretou sua prisão preventiva, alegando não estarem presentes os requisitos da prisão preventiva, previstos nos artigos 312 e 313 do CPP.

De forma acertada, a 6ª Câmara Criminal do TJMG, apreciou o mérito da lide utilizando-se como fundamento das alterações trazidas pela Lei 12.403/2011, conforme transcrição do seguinte trecho do voto:

¹¹⁸ TJMG, HC 0394079-75.2011.8.13.0000, 6ª Câm. Crim., rel. Des. JOSÉ MAURO CATTAPRETA LEAL, j. 19/07/2011, DJ 28/07/2011.

¹¹⁹ "Furto

Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:
Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa."

¹²⁰ "Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312."

“Com o advento da Lei 12403/11, que incluiu as medidas cautelares diversas da prisão preventiva no Código de Processo penal e também alterou os pressupostos da prisão preventiva, o art. 313, I, do CPP, veda a medida extrema nos crimes punidos com pena privativa de liberdade máxima igual ou inferior à 04 (quatro) anos.

É o caso do furto simples, crime objeto desse *habeas corpus*. Ressalta-se, ainda, que ele foi praticado em sua forma tentada.

Todavia, o art. 282, §4º, do CPP, permite que a prisão cautelar seja decretada, independentemente, do quantum da pena privativa de liberdade cominada ao crime, se o paciente descumprir injustificadamente as medidas cautelares impostas.”¹²¹

A 6ª Câmara Criminal do TJMG conclui o voto fundamentando a existência dos demais pressupostos de aplicação da prisão preventiva previstos no art. 312 do CPP, uma vez que o paciente demonstrou ter agido com descaso ao processo em que figura como réu.

Portanto, este acórdão paradigma se adequa perfeitamente ao entendimento do relator Carlos Eduardo Contar, bem como à questão objeto de estudo deste trabalho. Ao contrário dos outros dois primeiros acórdãos, este se utiliza da Lei 12.403/2011 como amparo normativo e ainda enfrenta questão similar àquela enfrentada pelo TJMS.

Finalmente, é possível concluir diante da análise dos três acórdãos utilizados como paradigma, que a escolha da jurisprudência pelos operadores do Direito nem sempre é feita de forma ponderada, utilizando-se muitas vezes os magistrados, promotores e advogados de trechos de acórdãos que não refletem o fundamento da decisão empregada.

¹²¹ TJMG. Op. Cit.

CONCLUSÃO

A trajetória deste trabalho não termina com todas as discussões que envolvem a prisão preventiva, nem esgota as possíveis reflexões sobre esse assunto. Por isso, finalizar esse Trabalho de Conclusão de Curso não significa encerrar todas as análises sobre esta temática de estudo.

As medidas cautelares são uma das formas de o Poder Judiciário prevenir ou certificar que um direito tenha sua eficácia garantida. Valem tanto para o processo penal, quanto para o civil, assim como têm natureza urgente. Entretanto, nesta pesquisa a medida cautelar foi analisada no processo penal, baseando-se no Código de Processo Penal – CPP brasileiro.

Cabe ressaltar que, com o passar dos tempos, o pressuposto *fumus commissi delicti* sofreu mudanças e atualmente é representado pela *existência de provas de materialidade e indícios de autoria*, em que o magistrado analisará as provas e elementos de informação para a caracterização de tal requisito. No caso de decretação de medidas cautelares alternativas à prisão, as exigências probatórias relacionadas a esse pressuposto serão menores, levando-se em conta o menor grau de restrição de cada medida cautelar.

Além dos pressupostos gerais, a aplicação de qualquer medida cautelar deverá sempre se pautar nos princípios constitucionais que norteiam o Direito Brasileiro, entre eles citamos:

O princípio da presunção da inocência diz que ninguém será culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória; o princípio da reserva de jurisdição indica que a aplicação de toda medida cautelar de natureza pessoal encontra restrição à manifestação fundamentada de autoridade judiciária; e o princípio da proporcionalidade, que possui uma dupla face: uma que protege o indivíduo contra os excessos do Estado (garantismo negativo); e outra que impõe ao Estado a proibição de uma proteção deficiente (garantismo positivo), ou de omissões estatais.

As prisões cautelares, por serem espécies do gênero das medidas cautelares, também condicionam a sua decretação aos requisitos abordados no primeiro capítulo do presente estudo, além de outros requisitos e hipóteses específicas de cada tipo de prisão. Assim, percebeu-se que por as prisões cautelares serem as espécies de cautelares que mais restringirem a liberdade do indivíduo, mitigando o princípio da inocência, são do mesmo modo aquelas que possuem os requisitos mais complexos e restritivos.

Os requisitos específicos para a decretação da prisão preventiva são elencados no art. 312 do CPP e representam o fator de risco da liberdade do indivíduo que justifica a

efetividade da medida. O rol taxativo de hipóteses ensejadoras da decretação da preventiva se resume a: *garantia da ordem pública*, que a doutrina entende por ser o risco de reiteração criminosa pelo indivíduo; *conveniência da instrução criminal*, que ocorre quando o infrator prejudica a produção de provas ou ameaça testemunhas; *garantia da aplicação da lei penal*, situação na qual se evita que o indivíduo fuja para evitar o cumprimento da sanção penal; *garantia da ordem econômica*, situação similar à da garantia da ordem econômica só que nesse caso a reiteração criminosa envolve os crimes previstos na lei 8.884/1994; e por último o *descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares*, hipótese acrescentada ao CPP pela Lei nº 12.403/11 (Lei das Prisões), em virtude do caráter subsidiário da prisão preventiva em face das medidas cautelares alternativas incluídas no art. 319 do CPP.

Além das hipóteses de cabimento ensejadoras do *periculum libertatis*, elencadas no art. 312, o Código de Processo Penal prevê ainda em seu artigo 313 as circunstâncias ou condições de admissibilidade para que as prisões preventivas aplicadas de forma autônoma sejam admitidas. Nesse ponto, temos a problemática de nosso trabalho, uma vez que o legislador ao promulgar a lei 12.403/2011 restringiu a aplicação de prisões preventivas apenas aos casos de cometimento de crimes dolosos com pena máxima superior a quatro anos, sem entretanto acrescentar de forma expressa a exceção dos casos de descumprimento de outras medidas cautelares.

Para uma melhor apreciação do problema da pesquisa foi feita uma análise de um caso concreto em que se enfrenta a questão da possibilidade ou não de aplicação subsidiária da prisão preventiva para crimes dolosos com pena máxima inferior a quatro anos no caso de descumprimento de medidas cautelares. Para isso, foi escolhido o *Habeas Corpus* de número 2012.007523-1/0000-00 do TJMS, uma vez que a soma das penas máximas dos crimes cometidos era inferior ao previsto no art.313, I e o paciente era primário, portanto não estando presente nenhuma condição de admissibilidade da decretação da prisão preventiva prevista no art. 313 do CPP.

O relator entendeu neste caso ser cabível e necessária a decretação do cárcere cautelar, uma vez que o paciente, ao ser flagrado desrespeitando duas medidas cautelares, demonstrou que outras medidas cautelares seriam insuficientes para conter seu comportamento tendente ao desrespeito ao regramento social.¹²² Estando, pois, atendidos os requisitos legais presentes no art. 282, § 4º, c/c art. 312, parágrafo único, ambos do CPP, para a decretação do cárcere

¹²² Proibição de frequentar bares e similares; e recolhimento domiciliar após as 20h

cautelar. Afirmou ainda que a decretação da prisão preventiva não está restrita às hipóteses descritas pelos incisos do art. 313 do CPP, pois não há impedimento para a decretação da custódia cautelar quando o agente descumpra as obrigações que lhe foram impostas para a concessão da liberdade provisória.

Após uma análise criteriosa da legislação e da doutrina especializada, concluímos por aquiescer com o entendimento do relator, pois a partir de uma interpretação sistemática mais criteriosa da Lei 12.403/2011 é possível perceber que o parágrafo único do artigo 312 do CPP revela-se como um mecanismo de credibilidade e eficácia das medidas cautelares alternativas, o que possibilita ao magistrado adequar o grau de restrição à liberdade do indivíduo frente a um eventual descumprimento de medida anteriormente imposta. Caso contrário, tais medidas tornar-se-iam ineficazes e inúteis, deixando de cumprirem o papel para o qual foram concebidas, qual seja a redução do número de prisões preventivas decretadas e consequentemente uma persecução penal menos invasiva à liberdade individual do acusado.

Outro ponto importante a se destacar é o fato de que caso não fosse possível a aplicação de prisões preventivas nesses casos, indivíduos que cometessem crimes graves como sequestro e cárcere privado,¹²³ cuja pena máxima é de 3 (três) anos, e os crimes de furto e de receptação,¹²⁴ que por sua vez possuem pena máxima iguais a 4 (quatro) anos, ficariam livres para fugir ou cometer novos crimes, uma vez que os magistrados nada poderiam fazer frente ao descumprimento das obrigações impostas pelas medidas cautelares do art. 319 do CPP.

Dessa forma, ressalta-se que a defesa pelo cabimento da prisão preventiva substitutiva em verdade revela-se pela preocupação em garantir um mecanismo de respeito e eficácia às novas medidas cautelares, que foi planejada como alternativa ao uso indiscriminado das prisões cautelares, como ocorre no Brasil, que chega a ter aproximadamente 44% da sua população carcerária sem sentença final condenatória.

Os doutrinadores que entendem não ser cabível a decretação de prisão preventiva para crimes com pena máxima igual ou inferior a 4 (quatro) anos utilizam do princípio da proporcionalidade para sustentar seu ponto de vista. Para esses doutrinadores,¹²⁵ não seria cabível a decretação de prisão preventiva, pois a sanção condenatória a ser aplicada pelo

¹²³ Art. 148, CPB

¹²⁴ Art. 155 e 180, CPB

¹²⁵ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 583.

CUNHA, Rogério Sanchez. Da Prisão, das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória. In: GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís (Org.). *Prisão e Medidas Cautelares. Comentários à Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 152-172.

magistrado ao final do processo seria mais branda do que a própria medida cautelar. Dessa forma, ficaria demonstrada a desproporcionalidade em sentido estrito entre os meios (medida cautelar) e os fins almejados (penas restritivas de direitos).

Contudo, este não é nosso entendimento, tendo em vista que a análise da proporcionalidade em sentido estrito não deve levar em consideração apenas a relação entre a possível pena condenatória e a medida cautelar a ser imposta. A proporcionalidade em sentido estrito exige a ponderação de todos os interesses envolvidos no caso concreto.

Nesse caso foi visto que o interesse mais importante é o da coletividade ao se evitar a prestação de uma tutela penal ineficiente. Esse entendimento é derivado da divisão do princípio da proporcionalidade em duas faces: uma que protege o indivíduo contra os excessos do Estado (garantismo negativo); e outra que impõe ao Estado a *proibição de uma proteção deficiente* (garantismo positivo) ou de omissões estatais.

Assim, a fim de se evitar uma proteção deficitária do Estado, frente à omissão do legislador em incluir explicitamente no artigo 313 do CPP o descumprimento de medidas cautelares como hipótese autorizadora de decretação de prisão preventiva, deve-se fazê-lo através da hermenêutica jurídica, sob pena de tornar a persecução penal ineficaz contra delitos com pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos. Portanto, não se pode afastar o cabimento da prisão preventiva substitutiva alegando-se a desproporcionalidade entre a possível pena a ser imposta e o rigor da medida cautelar, uma vez que existem vários outros interesses a serem valorados no caso concreto.

No entanto, discordamos do relator ao entendermos que, mesmo no caso de descumprimento de medidas cautelares, a prisão preventiva só poderá ser aplicada caso estejam presentes os pressupostos *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*, pois o legislador foi claro ao definir esses pressupostos no art. 282, I do CPP¹²⁶ como requisitos obrigatórios à decretação de qualquer tipo de cautelar, seja ela de natureza carcerária ou alternativa ao cárcere.

Finalmente, ao procedermos a análise dos três acórdãos utilizados como paradigma pelo relator, surpreendemo-nos ao perceber que apenas um desses trazia decisão judicial análoga àquela que estava sendo julgada.

¹²⁶ No título IX (DA PRISÃO, DAS MEDIDAS CAUTELARES E DA LIBERDADE PROVISÓRIA) do Código de Processo Penal, o artigo 282, inciso I, estabelece que as medidas cautelares previstas neste título deverão ser aplicadas observando-se a necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais.

Dessa, forma o estudo detectou como possível objeto de pesquisa a análise da qualidade da forma como é utilizada a jurisprudência no Brasil, uma vez que percebemos que muitas vezes os magistrados, promotores e advogados brasileiros utilizam-se de trechos de acórdãos que não refletem o posicionamento daquilo que desejam fundamentar.

Espera-se que este trabalho tenha contribuído para as reflexões acerca da prisão preventiva no descumprimento de medida cautelar e seja estímulo para próximas pesquisas sobre esse assunto, visando ao aprimoramento das análises.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Juliana Jobim do. A lei nº. 12.403/2011: novos e velhos problemas. *Revista Jurídica*, São Paulo, v. 59, n. 404, p. 77-94, jun. 2011.

AVENA, Noberto Cláudio Pâncaro. Processo penal: esquematizado. 3. ed. São Paulo: Método, 2011.

BARROS, Ana Paula Monte Figueiredo Pena. Inovações trazidas pela lei nº 12.403/2011. *Série Aperfeiçoamento de Magistrados*. v. 4. 2012 p. 52-62. Disponível em <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/4/medidas_cautelares_52.pdf>. Acesso em 07 abr. 2013

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2005.

BRASIL. *Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>

BRASIL. *Lei Nº 9.503, de 23 de setembro de 1997*. Código de Trânsito Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19503.htm>

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARVALHO, Adriana Therezinha Carvalho; CARVALHO, Souto Castanho de. O novo regime jurídico das medidas cautelares no processo penal. In: ARAÚJO, Irapuã (Editor). *O novo regime jurídico das medidas cautelares no processo penal*. Rio de Janeiro: EMERJ, 2011.

CUNHA, Rogério Sanchez. Da Prisão, das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória. In: GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís (Org.). *Prisão e Medidas Cautelares. Comentários à Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 152-172.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERNANDES, Humberto. *Princípios constitucionais do processo penal brasileiro*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

GOMES, Fernanda Maria Alves. *Prisão e liberdade provisória* - Principais alterações da lei nº. 12.403/11. *Consulex: Revista Jurídica*, Brasília, v. 15, n. 345, p. 62-64, jun. 2011.

GOMES, Luiz Flávio. Da Prisão, das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória. In: GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís (Org.). *Prisão e Medidas Cautelares. Comentários à Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 19-93.

LEAL, João José. *Direito penal geral*. 3. Ed. Florianópolis: OAB/SC, 2004.

LIMA, Marco Antônio; NOGUEIRA, Ranieri Ferraz. *Prisões e medidas liberatórias*. São Paulo: Atlas, 2011.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática*. Niterói, RJ: Impetus, 2011.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática*. 2. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012.

MACHADO, Antônio Alberto. *Prisão cautelar e liberdades fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MARCÃO, Renato. *Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MELO, Larissa Maria Melo. *A fábrica de argumentos: a construção da iniquidade nos casos da anistia pelo Supremo Tribunal Federal*. Dissertação (mestrado) - Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2012.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2011, p.292/293.

MEROLLI, Guilherme. *Fundamentos críticos de direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. São Paulo: Atlas 2006.

NETO, Hercílio Alexandre da Luz. *Evolução histórica do cárcere: do isolamento absoluto à lei das novas medidas cautelares penais*. Revista Eletrônica OAB Joinville, Joinville, 2. ed, Vol. 2, Abr./Jun. 2011. Disponível em: <<http://revista.oabjoinville.org.br/artigo/83/evolucao-historica-do-carcere-do-isolamento-absoluto-a-lei-das-novas-medidas-cautelares-penais/>>. Acesso em 07 abr. 2013.

NICOLITT, André Luiz. *Lei 12.403/11: o novo processo penal cautelar, a prisão e as demais medidas cautelares*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e liberdade de acordo com a lei 12.403/2011*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro, parte geral*. Vol 1. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SANTOS, Juarez Cirino. *O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual*. Disponível em: <
<http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/Direito%20penal%20do%20inimigo.pdf>>. Acesso em 14 jun. 2013.

SOUZA NETTO, José Laurindo de. *Processo penal: sistemas e princípios*. Curitiba: Juruá, 2003.

RUDOLFO, Fernanda Mambrini. *Proibição de proteção deficiente e de excesso de proibição: restrição de liberdades constitucionais no processo penal e a lei n. 12.403/11*. Disponível em: <
<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/1423/1113>>. Acesso em 16 jun 2013.

STRECK, Lênio Luiz. *O princípio da proibição de proteção deficiente (untermassverbot) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico*. Disponível em: <
<http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/1.pdf>>. Acesso em 16 jun. 2013.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

TJDFT, Rec 2011.00.2.011062-8, Ac. 519.836, 2ª T. Crim., rel. Des. ROBERVAL CASEMIRO BELINATI, DJ 21/07/2011.

TJGO, HC 364116-33.2011.8.09.0000, rel. Des. LEANDRO CRISPIM, DJ 05/10/2011.

TJMG, HC 0394079-75.2011.8.13.0000, 6ª Câm. Crim., rel. Des. JOSÉ MAURO CATTAPRETA LEAL, j. 19/07/2011, DJ 28/07/2011.

TJMS, HC 2012.007523-1/000-00 - Ivinhema, 2ª Câm Crim., rel. Des. CARLOS EDUARDO CONTAR, j. 09/04/2012, DJ 18/04/2012.